

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**  
**SEDE ECUADOR**

**ÁREA DE DERECHO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA**  
**EN DERECHO TRIBUTARIO**

**“EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN EN  
LOS PAÍSES ANDINOS CON ÉNFASIS EN EL TRIBUNAL  
FISCAL DEL PERÚ, A PARTIR DE 2005”**

**PAULINA RIVAS ALARCÓN**

**2010**

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Paulina Rivas A.

Quito, octubre de 2010

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**  
**SEDE ECUADOR**

**ÁREA DE DERECHO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA**  
**EN DERECHO TRIBUTARIO**

**“EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN EN  
LOS PAÍSES ANDINOS CON ÉNFASIS EN EL TRIBUNAL  
FISCAL DEL PERÚ, A PARTIR DE 2005”**

**PAULINA RIVAS ALARCÓN**

**TUTOR: Dr. PABLO EGAS REYES**

**Esta tesis fue escrita en Lima- Perú, 2010**

## RESUMEN

El propósito de esta tesis es evidenciar la posibilidad del control difuso en la Administración Pública, principalmente en los Tribunales Administrativos y Órganos Colegiados que imparten justicia administrativa a nivel nacional.

El control difuso de la Constitución siempre se entendió como la facultad del poder judicial, que a través de los jueces de las diferentes instancias, quienes al momento de resolver un caso concreto, si evidencian manifiestamente la inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso, pueden inaplicarla sólo para ese caso, cuyos efectos son *inter partes*, es decir la norma inaplicable por el juez sigue vigente dentro del ordenamiento jurídico, habiendo sido considerada nula sólo para el caso concreto.

Sin embargo, esta postura de que el control difuso es sólo potestad del poder judicial, se fue relativizando, al menos en el caso peruano, toda vez que mediante la sentencia recaída en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional, crea la figura jurídica del control difuso administrativo, en la que los Tribunales Administrativos y Órganos Colegiados que imparten justicia administrativa con carácter nacional, también están en la potestad y el deber de aplicar el control difuso para garantizar la plena vigencia de la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales de los administrados, inaplicando normas manifiestamente inconstitucionales.

En consecuencia, para mejor ilustrar al respecto, la tesis lo dividimos en tres capítulos: en el primer capítulo, abordamos el desarrollo del control constitucional con énfasis en el control difuso, evidenciando el Principio de Supremacía Constitucional, así como la creación y recepción del control difuso y concentrado de la Constitución por los diferentes países del mundo.

En el segundo capítulo desarrollamos el control difuso en los países andinos, resaltando el control difuso en la Administración Tributaria; y, finalmente en el tercer capítulo, desarrollamos el control difuso como atribución del Tribunal Fiscal del Perú, que se caracteriza por ser un Tribunal Administrativo que imparte justicia administrativa a nivel nacional, resolviendo conflictos en materia tributaria y aduanera.

*Con mucho cariño y amor a mis  
padres, por ser la razón y el sentido  
de seguir en mi realización personal  
y profesional.*

*A mis hermanos.*

## **AGRADECIMIENTOS**

Mi más sincero agradecimiento por su desempeño, dedicación y colaboración en el desarrollo de esta tesis, a mi Tutor, Dr. Pablo Egas Reyes.

Asimismo, expreso mi agradecimiento a Edgar Avalos I. por su apoyo, cariño y comprensión a pesar de las adversidades de la vida.

Al Dr. Francisco Ruiz de Castilla Ponce de León, por su apoyo y colaboración en consolidar ideas para la investigación y redacción de la tesis.

A la Dra. Lourdes Chau, por su apoyo y colaboración en la investigación y por ser el puente para llegar a algunos miembros del Tribunal Fiscal con quienes me entrevisté y pude despejar muchas dudas.

A todos mis profesores de la Universidad Andina Simón Bolívar de la especialidad de Derecho Tributario, quienes forjaron en mí, criterios desde una visión comparada.

A todas aquellas personas que me sirvieron de apoyo directa o indirectamente en el desarrollo de esta tesis.

## ÍNDICE

CONTENIDO	PÁG.
<b>CAPÍTULO I: DESARROLLO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL</b>	
<b>CON ÉNFASIS EN EL CONTROL DIFUSO: -----</b>	<b>09</b>
1.1. Modelos para el Control de la Constitución: -----	09
1.1.1. Antecedentes históricos: -----	14
1.1.2. Preceptos claves de la Constitución norteamericana: -----	17
1.2. Tipos de Control Jurisdiccional de la Constitución: -----	20
1.2.1. El Sistema de control concentrado de la Constitución: -----	20
1.2.2. El sistema de control difuso de la Constitución: -----	24
1.2.3. Sistema mixto o paralelo del control de la Constitución: -----	26
1.3. La compatibilidad del control difuso con todos los sistemas: -----	32
1.4. Objeto del control difuso: -----	36
1.5. Efectos de la aplicación del control difuso de la Constitución: -----	39
 <b>CAPÍTULO II: EL CONTROL DIFUSO EN LOS PAÍSES ANDINOS: ---</b>	 <b>41</b>
2.1. EL CONTROL DIFUSO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA: ----	41
2.1.1. El control difuso en el desarrollo del constitucionalismo: -----	41
2.1.2. El control difuso en la Administración Tributaria: -----	48
2.2. EL CONTROL DIFUSO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA: -----	50
2.2.1. El control difuso en el desarrollo del constitucionalismo: -----	50
2.2.2. El control difuso en la Administración Tributaria: -----	54
2.3. EL CONTROL DIFUSO EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA: -----	57
2.3.1. El control difuso en el desarrollo del constitucionalismo: -----	57
2.3.2. El control difuso en la Administración Tributaria: -----	64
2.4. EL CONTROL DIFUSO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA: -----	66
2.4.1. El control difuso en el desarrollo de las Constituciones: -----	66
2.4.2. El control difuso en la Administración Tributaria: -----	75

<b>CAPÍTULO III: SISTEMA DEL CONTENCIOSO TRIBUTARIO Y EL CONTROL DIFUSO COMO POTESTAD DEL TRIBUNAL FISCAL DEL PERÚ: -----</b>	<b>77</b>
3.1. EL SISTEMA Y PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO EN EL PERÚ: -----	77
3.1.1. Sistema Tributario Nacional: -----	77
3.1.2. El Sistema del Contencioso Tributario Nacional: -----	79
3.2. ¿CONTROL DIFUSO, POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, ESPECÍFICAMENTE DEL TRIBUNAL FISCAL?: -----	84
3.2.1. Generalidades: -----	84
3.2.2. Principios en conflicto que se presentan en la atribución del control difuso en la Administración Pública: -----	86
3.2.2.1 Principio de Jerarquía Normativa: -----	86
3.2.2.2. Principio de legalidad: -----	87
3.2.3. ¿Control difuso en la Administración Pública?: -----	90
3.3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE AL CONTROL DIFUSO POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ANÁLIS DE LA SENTENCIA N° 3741-2004-AI/TC: -----	95
3.3.1. Posición del Tribunal Constitucional (TC) respecto al control difuso por la Administración Pública: -----	95
3.3.2. Análisis de la Sentencia del TC N° 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005: -----	100
3.4. EL CONTROL DIFUSO COMO ATRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL FISCAL: -----	105
3.4.1. Control difuso del Tribunal Fiscal como órgano intermedio del procedimiento contencioso tributario: -----	105
3.4.2. Análisis de Resoluciones del Tribunal Fiscal en las que aplicó el control difuso: -----	111
<b>CONCLUSIONES: -----</b>	<b>117</b>
<b>RECOMENDACIONES: -----</b>	<b>120</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA: -----</b>	<b>122</b>



# **CAPÍTULO I**

## **DESARROLLO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL CON ÉNFASIS EN EL CONTROL DIFUSO**

El desarrollo del control constitucional se vincula estrechamente con el Principio de Supremacía Constitucional, toda vez que este principio postula ubicar a la Constitución de un país por encima de todas las normas jurídicas, internas y externas, incluso los tratados internacionales ratificados por el país, que en el caso peruano está a nivel de la Constitución y en cuanto a Derechos Humanos por encima de esta, es decir, la Constitución se consagra como la norma rectora de todo un ordenamiento jurídico.

Por ello la necesidad del control constitucional, es decir de proteger y garantizar la plena vigencia de la Constitución. En ese sentido desarrollaremos los tipos de control constitucional que se fueron perfilando en el tiempo; sin embargo, daremos énfasis al desarrollo del control difuso, toda vez que es materia de análisis en la presente tesis.

### **1.1. Modelos para el Control de la Constitución**

Ricardo Haro, se pronuncia respecto al principio de Supremacía Constitucional, como un principio que anima a los Estados constitucionales de Derecho con rigidez constitucional, *por el cual la normación infra-constitucional debe necesariamente conjugarse –tanto en sus contenidos sustanciales como en los procedimientos de elaboración –a las normas constitucionales.*<sup>1</sup> Garantía sustancial que requiere de otras garantías formales o procesales que en última instancia configuren el control judicial que asegure su plena vigencia y respeto por parte de los órganos estatales.

El Principio de “Supremacía Constitucional”, es aquel principio en la que todos los poderes públicos, ordenamiento jurídico de un determinado Estado, autoridades y particulares nos encontramos sometidos a las normas contenidas en la Cartas Fundamentales de cada país con un ordenamiento positivo. Entonces, para garantizar tal Supremacía Constitucional, se requiere de un efectivo control de la Constitución a través

---

<sup>1</sup> Ricardo Haro, “Tribunales y Salas Constitucionales en Iberoamérica”, “Tribunales y Salas Constitucionales en Iberoamérica”, en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en Conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador Florentino Donato Giannotti*, Héctor Fix Zamudio. et.al., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 1341.

de sus diferentes mecanismos que se fueron desarrollando desde los inicios del constitucionalismo. Para lo cual haremos referencia al texto de Brewer Carias.

**El principio de Supremacía Parlamentaria y, por lo tanto de supremacía del derecho positivo-, introducida en Inglaterra después de la Gloriosa Revolución de 1688, que produjo en América resultados bien diferentes. En Inglaterra, el resultado consistió en despojar a los jueces de cualquier facultad de control sobre validez de la legislación, a pesar de los primeros éxitos de la doctrina de Lord Coke. En América, por el contrario, el resultado fue facultar a los jueces coloniales para desconocer de la legislación local que no estuviera en conformidad con la ley inglesa. Quedó pues dilucidada la aparente paradoja: como el principio inglés de supremacía no controlada de la legislatura, coadyuvó en América a la formación de un sistema opuesto, en vez de impedirlo.<sup>2</sup>**

De la cita, evidenciamos que, en el desarrollo constitucional se produce distintas reacciones e interpretaciones; en Inglaterra se despoja a los jueces cualquier facultad o atribución que tenga que ver con la validez de la legislación, debido a que la ley no legislada, prevalecía sobre las leyes formales o *statutes* que eran consideradas como normas particulares o excepcionales en relación al derecho consuetudinario previamente establecido. Lo contrario, ocurre en América, en la que los jueces son los encargados de velar por la vigencia de la ley inglesa, desconociendo la ley local, que con el tiempo esa ley inglesa o norma suprema se convirtió en la Constitución.

**En efecto los colonos americanos se sumaron directamente a la tradición de Coke con respecto a la necesaria subordinación de la Corona y del Parlamento a una ley suprema, consignada en gran medida en un documento singular que, después de la Declaración de Independencia, se convirtió en una Constitución adoptada por cada uno de los nuevos Estados.<sup>3</sup>**

Es así que en esa práctica de la supremacía del common law sobre las leyes formales o, como lo expuso el juez, Edward Coke, "la supremacía tradicional del common law sobre la autoridad del Parlamento", se plasmó en el famoso caso Bonham de 1610, en el que Coke afirmó: *"aparece en nuestros libros que en muchos casos, el common law controla los actos del Parlamento y a veces, los juzga totalmente nulos: pues, cuando un acto del Parlamento va en contra del sentido común y la razón, o es incompatible o imposible de aplicar, el common law lo controlará y juzgará como nulo".<sup>4</sup>*

---

<sup>2</sup> Allan Randolph, Brewer- Carias, "Control de la Constitucionalidad. La Justicia Constitucional", en *El Derecho Público de Finales del Siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Eduardo García de Enterría y Manuel Clavero Arévalo (coordinadores), Ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 524.

<sup>3</sup> Ibídem, pp. 525.

<sup>4</sup> Cita realizada por Iván Oré Chávez, "Documento preparado para el encuentro sobre derecho iberoamericano" en [http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional\\_05.html](http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional_05.html), visitado el 26 de setiembre de 2010.

Esta concepción de la Constitución como ley suprema se la debemos, sin duda, al constitucionalismo norteamericano, constituyendo no sólo una de sus grandes contribuciones a la historia universal del derecho, sino el fundamento de la noción misma de justicia constitucional. Esta concepción, en especial en Norteamérica, integró la tradición del derecho natural en la versión de John Locke y Edward Coke, de *lex legum*, *lex aeterna* y *lex immutabile*, es decir, la "ley de leyes", "ley inmutable", con una forma jurídica concreta plasmada en los Pactos y Cartas de las Colonias americanas, formalizada luego como ley fundamental en un documento solemne, precisamente aquél que iba a darse a conocer bajo el nombre de "Constitución"

Al respecto Manuel García Pelayo, expresó "la Constitución, en tanto que norma fundamental positiva, vincula a todos los poderes públicos incluido el Parlamento y por lo tanto, la ley no puede ser contraria a los preceptos constitucionales, a los principios de que éstos arrancan o que se infieren de ellos, y a los valores a cuya realización aspira. Tal es lo que configura la esencia del Estado constitucional de Derecho..."<sup>5</sup>. Por ello la preocupación de garantizar la plena vigencia de la norma Constitucional.

En efecto, el control de la constitucionalidad, pretende que el ordenamiento normativo de un determinado Estado esté en armonía con los preceptos constitucionales; los cuáles se garantizan a través de los diferentes mecanismos de control constitucional, que dependiendo del sistema que adopten los Estados suelen ser: difusos, concentrados o mixtos o paralelos, que se efectivizan a través de diferentes organismos e instituciones. En tal sentido, Aragón<sup>6</sup> señala que *la categoría de control se presenta en sus diversas manifestaciones*, de las cuales destacaremos sólo los tres más importantes.

**a. Control Social.-** Es un tipo de control no institucionalizado, ejercida por la sociedad civil, en la que todos los ciudadanos de manera directa la realizamos, es decir, a través de censura pública sobre las actuaciones políticas y judiciales de nuestras autoridades.

---

<sup>5</sup> M. García Pelayo, "El Status del Tribunal Constitucional", Revista Española de Derecho Constitucional. N° 1 Madrid, 1981, p. 18.

<sup>6</sup> Manuel, Aragón Reyes, *Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 64-65.

Se puede considerar un control difuso que ejerce la opinión pública y las personas o entes que están fuera de la esfera gubernamental. Dentro de esta categoría juegan especial papel los medios de comunicación y las organizaciones no gubernamentales (ONGs).

La opinión pública y el papel de los medios de comunicación social en materia de control de la actividad pública es cada día más relevante en nuestro país. Por su parte, las ONGs actúan como grupos de presión a favor de sus objetivos, consideran un factor de democratización, cuyas acciones no van necesariamente opuestas al gobierno.

**b. Control político.-** Considerado como un control institucionalizado, el cual es de naturaleza voluntaria y de carácter subjetivo, por parte del órgano, autoridad o individuo que se considere superior sobre los otros.

El control del poder político puede ser entendido como la facultad que tienen los órganos del Estado para velar por la observancia de las limitaciones establecidas al ejercicio de sus funciones. El control político como facultad del Parlamento ha estado generalmente vinculado a la posibilidad de ejercer control sobre los actos del Ejecutivo<sup>7</sup>

En el ordenamiento peruano, el control político del Congreso recae no sólo en el Ejecutivo sino también en otros órganos del Estado como el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, la Corte Suprema de Justicia, etc. Los cuales pueden o no ser efectivos; toda vez que los miembros de éstos órganos generalmente son elegidos por los gobiernos de turno, y lo que es peor la mayoría parlamentaria es del oficialismo, es decir, la mayoría de los congresistas son del gobierno de turno.

Los mecanismos o procedimientos de control reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico son: Investidura al Consejo de Ministros<sup>8</sup>, Interpelación, Voto de Censura<sup>9</sup>,

---

<sup>7</sup> Lucía Fernández, “Mecanismos de Control Político. Universidad del Estado de Nueva York USAID - PERU”, en <http://webcache.googleusercontent.com/> visitado el 26/10/2010.

<sup>8</sup> El artículo 130° de la Constitución de 1993 y 82° del Reglamento del Congreso, establecen que:

Acusación Constitucional o Antejuiicio Político<sup>10</sup>, Comisiones y Subcomisiones de Investigación<sup>11</sup>, Comisión de Fiscalización, Revisión de actos legislativos del Ejecutivo, Control del presupuesto<sup>12</sup>, Pedidos de informes<sup>13</sup>, Invitación a informar, Estación de Preguntas<sup>14</sup>.

**c. Control jurídico.-** Consideramos que es la más importante en relación a las anteriores, debido que en esta centraremos el análisis de la tesis. Consiste en que los actos sometidos a control son subjetivos, ejercidos por órganos jurisdiccionales

---

El Presidente del Consejo de Ministros concurre al pleno del Congreso para exponer la política general del gobierno, debatirla y debatir las principales medidas que requiere su gestión.  
(...).

<sup>9</sup> El artículo 131° de la Constitución y 83° del Reglamento del Congreso. Sobre Interpelación; y, el artículo 132° de la Constitución y 86° del Reglamento del Congreso (Voto de Censura) establecen:

La interpelación obliga al consejo de ministros o a cualquier ministro a concurrir al Congreso para exponer sobre el asunto de interés público solicitado.

Para presentar el pedido de interpelación se requiere de no menos del 15% de los congresistas (18 congresistas) y para admitirla, el voto a favor del tercio de los representantes hábiles.

(...)

La censura aprobada contra el Presidente del Consejo de Ministros implica la renuncia de todo el gabinete.

La censura contra un solo ministro implica el cambio del ministro censurado.

<sup>10</sup> Los artículos 99° y 100° de la Constitución establecen que: “La Comisión Permanente acusa ante el Congreso: al Presidente de la República, a los representantes del congreso, ministros, miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, a los vocales de la Corte Suprema, fiscales supremos, al Defensor del Pueblo y al Contralor General *por infracción de la Constitución* y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado éstas. (...)”

El artículo 89° del Reglamento del Congreso señala que: “Mediante el procedimiento de *acusación constitucional* se realiza el *antejuicio político* al que tienen derecho los altos funcionarios del Estado”.

<sup>11</sup> El artículo 97° de la Constitución y 88° del Reglamento del Congreso señalan que: El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público.

Las comisiones de investigación se crean a través de una solicitud presentada mediante Moción de Orden del Día.

Para su aprobación se requiere el voto aprobatorio del 35% de los congresistas.

(...)

El procedimiento de investigación deriva en la formulación de conclusiones y recomendaciones que figuran en un Informe Final.

(...)

<sup>12</sup> El artículo 78° y 80° de la Constitución señalan que: El Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año.

El Ministro de Economía y Finanzas sustenta, ante el Pleno del Congreso, el pliego de ingresos. Cada ministro sustenta los pliegos de egresos de su sector. (...).

<sup>13</sup> El artículo 96° de la Constitución establece que:

Cualquier congresista puede pedir los informes que considere necesario para el ejercicio de sus funciones.

Los destinatarios de los pedidos de informes pueden ser: los ministros, el Jurado Nacional de Elecciones, el Contralor General, el Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca y Seguros, los gobiernos regionales y locales y otras entidades del sector público que la ley señale. (...)

<sup>14</sup> El artículo 85° del Reglamento del Congreso señala que: “Cada congresista puede formular una pregunta al Gobierno una vez al mes. Las preguntas pueden ser respondidas en el Pleno del Congreso por el Presidente del Consejo de Ministros o los ministros”. (...).

imparciales, quienes se encargan de hacer este control a través de la razonabilidad jurídica.

Dentro de este tipo de control tenemos al Tribunal Constitucional, que tiene la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las normas y como máximo intérprete de la Constitución; el poder judicial, en cuanto a la inaplicación de normas inconstitucionales; y, ahora, también los tribunales administrativos que administran justicia administrativa con carácter nacional, tienen la facultad del control difuso.

La justicia constitucional en el derecho contemporáneo es posible, cuando existe *una Constitución como la cúspide del sistema político, alrededor de la cual se mueven los cuerpos legislativo, ejecutivo y judicial*<sup>15</sup>, debido a que es aplicable por los tribunales jurisdiccionales por encima del orden jurídico en su conjunto, en el sentido de que prevalece frente a todas las normas, actos y principios de derecho contenidos en un sistema determinado.

#### **1.1.1. Antecedentes históricos**

El desarrollo del control constitucional data aproximadamente desde el siglo XVII, la cual se debió básicamente al desarrollo de uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho, que se materializa en el principio de legalidad.

En efecto, uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho, es la primacía del principio de legalidad, en el sentido que todos los órganos del Estado están subordinados al mismo, el cual se manifiesta, principalmente, en dos formas: en primer lugar, en la primacía de la Constitución en relación a las leyes del Parlamento y los otros actos del Estado, especialmente aquellos dictados en ejecución directa de la Constitución; y en segundo lugar, en la primacía de las leyes, como actos del Parlamento, en relación a todos los demás actos del Estado.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Allan Randolph, Brewer- Carias, “Control de la Constitucionalidad. La Justicia Constitucional”, ob.cit., pp. 528.

<sup>16</sup> Iván Oré Chávez, “Documento preparado para el encuentro sobre derecho iberoamericano” en [http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional\\_05.html](http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional_05.html), visitado el 26 de setiembre de 2010.

Esto quiere decir que, tanto las normas constitucionales como la integridad de los valores fundamentales que sirven de sustento de ella son características fundamentales del principio de Primacía de la Constitucionalidad que sirve de sustento al Estado Constitucional de Derecho.

El principio de supremacía del derecho positivo que tuvo su origen en Inglaterra, a través de la Supremacía Parlamentaria, no tuvo el mismo recibimiento en América, toda vez que en esta, se les permitía a los jueces coloniales desconocer de la legislación local que no estuviera en conformidad con la ley inglesa. Es decir, se le daba una gran importancia a las leyes del parlamento que posteriormente se consagró como normas constitucionales, la cuales estarían por encima de cualquier ordenamiento jurídico.

En efecto, los colonos americanos se sumaron directamente a la tradición de Coke con respecto a la necesaria subordinación de la Corona y del Parlamento a una ley suprema, que después de la Declaración de Independencia, se convirtió en una Constitución. Por esa razón, después de 1776, en algunos Estados, particularmente en Pennsylvania y Vermont, se fue insistiendo en la idea de que las leyes estatales no podían ser incompatibles con sus leyes fundamentales. De allí que los Tribunales de New Jersey, en 1780, ya hubieran empezado a aplicar la idea del control judicial de la constitucionalidad.<sup>17</sup>

En la Convención Constitucional de 1787, el problema de control judicial de la constitucionalidad sólo se trató ocasionalmente, pues las discusiones guiaron más bien en torno al concepto de la supremacía de la Constitución sobre la legislación de los Estados; es decir, al principio según el cual la Constitución es la ley suprema del país, que deben aplicar los jueces a pesar de cualquier disposición contraria en las Constituciones o Leyes de los Estados miembros, lo cual se consagró en la Constitución de 1787.<sup>18</sup>

En 1789, en la primera Ley judicial se estableció la posibilidad de que los Tribunales pudieran invalidar leyes incompatibles con la Constitución, los Tratados o normas de los Estados Unidos. *Ello llevó a un tribunal Federal de circuito en 1795 (caso*

---

<sup>17</sup> Ibídem.

<sup>18</sup> Ibídem.

*vanhorne`s Lessee vs. Dorrance*, en el que el juez William Paterson declaró inválida por inconstitucional una Ley de Pensylvania) y en 1800 (*caso Cooper vs. Talfair*) a declarar nulas las leyes estatales por ser incompatibles con la Constitución Federal y con la de los Estados.<sup>19</sup>

Hasta que en 1803 a través del famoso caso *Marbury vs. Madison* la Corte Suprema de los Estados Unidos, bajo el argumento del principio de supremacía de la Constitución, estableció por primera vez en relación a las leyes federales, el control judicial de la Constitución dentro del sistema constitucional norteamericano.

La supremacía constitucional, no tuvo seguidores en Europa durante el siglo XIX, pero si fue adoptado finalmente en el siglo XX. Sin embargo, se abrió camino, después de la Primera Guerra Mundial, a través del sistema constitucional concebido por Hans Kelsen para su país, reflejado en la Constitución austriaca de 1920, así como en la Constitución checoslovaca del mismo año. Después de la Guerra Mundial, este sistema fue adoptado por Alemania e Italia y otros sistemas constitucionales europeos, como sucedió más recientemente en España y Portugal.<sup>20</sup>

El control judicial de la Constitución en América Latina se arraigó desde el siglo XIX, después del famoso caso *Marbury vs. Madison*, por supuesto, siguiendo el sistema norteamericano. En Venezuela desde 1858, se desarrolló el sistema de control judicial de la constitucionalidad de los actos del Estado; y, en su Constitución de 1961, consagra, en su artículo 215°, *la competencia de la Corte Suprema de Justicia para declarar la nulidad, por inconstitucionalidad de las leyes (...)*<sup>21</sup>; asimismo, los actos judiciales y administrativos, también están sometidos a medios de control de legalidad y constitucionalidad, mediante los recursos de casación y de apelación, o mediante acciones judiciales contencioso administrativas.

Si bien en América Latina se arraigó el control judicial de la Constitución desde el siglo XIX, siguiendo el sistema norteamericano, a partir del siglo XX también se arraigó

---

<sup>19</sup> Allan Randolph, Brewer- Carias, “Control de la Constitucionalidad. La Justicia Constitucional”, ob.cit., pp. 527.

<sup>20</sup> Ibídem, pp. 530- 531.

<sup>21</sup> Ibídem, pp. 531.



el sistema concentrado o austriaco de la Constitución, es decir, que en la mayoría de los países latinoamericanos se ha consagrado el sistema mixto o paralelo del control constitucional. Tenemos el caso de Venezuela, Colombia, Bolivia, Chile y Perú, éstas dos últimas con sus propias particularidades, en las que el Tribunal Constitucional están fuera del Poder Judicial.

### **1.1.2. Preceptos claves de la Constitución norteamericana**

Haro<sup>22</sup> y Ríos Álvarez<sup>23</sup>, hacen alusión a la integridad de la Constitución en aplicación del Principio de Supremacía Constitucional, por el cual la norma infraconstitucional debe conjugarse a la luz de las normas constitucionales; sin embargo, Gudiño Pelayo<sup>24</sup>, señala que toda norma se presume constitucional, mientras no se demuestre lo contrario; por lo que los jueces no pueden ejercer el control difuso de la Constitucionalidad en base a la interpretación de principios constitucionales, es sin duda, una violación abierta y grotesca de la Constitución.

En tal sentido, lo que cabe destacar de la Constitución norteamericana es sin duda el principio de Supremacía Constitucional. Al respecto Sánchez Cordero<sup>25</sup> y Reynaldo Bustamante Alarcón<sup>26</sup>, hacen alusión a la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que en su artículo VI, cláusula 2, dispone expresamente la “cláusula de supremacía” que a la letra dice:

---

<sup>22</sup> Ricardo Haro “Tribunales y Salas Constitucionales en Iberoamérica”, en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. En conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador Florentino Donato Giannotti*, Tomo II, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 1341- 1345.

<sup>23</sup> Lautaro Ríos Álvarez, “El Control difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile”, en *Ius et Praxis: Derecho en la Región. Reformas Constitucionales*, René Valdivieso Guzmán, et. al., Ed. Universidad de Talca, Talca, 2002, p. 390-393.

<sup>24</sup> José de Jesús, Gudiño Pelayo “Lo confuso del control difuso de la Constitución. Propuesta de interpretación del artículo 133º Constitucional”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como Investigador del Derecho*, Eduardo Ferrer Mc Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Tomo III, Ed., Marcial Pons, México, 2008, pp. 712- 718.

<sup>25</sup> Olga Sánchez Cordero de García Villegas, “El artículo 133º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como instrumento de interpretación constitucional de los jueces de legalidad (posible aproximación a un control difuso de constitucionalidad de carácter legítimo en México)”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*. Tomo III, Eduardo Ferrer Mc Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de la Rea (Coordinadores), editorial Marcial Pons, México 2008, pp. 767.

<sup>26</sup> Reynaldo Bustamante Alarcón, “Control Difuso y Administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de constitucionalidad normativa?”, en *Revista Jurídica del Perú N° 41*, Trujillo, 2002, pp. 40-41.

**“Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario, que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.”**

Como evidenciamos el Principio de Supremacía constitucional en los Estados Unidos desde su adopción fue vinculante, en la que la Constitución, incluso, prevalece sobre los tratados internacionales y los jueces están en la obligación de observarlos al momento de administrar justicia. Cosa que no siempre ocurre en muchos países latinoamericanos, dado que los tratados internacionales están al mismo nivel jerárquico que la Constitución, incluso los tratados en materia de Derechos Humanos están por encima de esta; claro ejemplo de esta, es el caso, peruano, ecuatoriano, colombiano, etc.

Teniendo en consideración este principio de Supremacía constitucional es que el Juez Marshall desarrolla toda una doctrina, a partir del caso, *Marbury vs. Madison*<sup>27</sup>, en la que el presidente John Adams del partido federalista, justo antes de finalizar su período había tomado a William Marbury como Juez de Paz en el distrito de Columbia; de inmediato el Senado ratificó dicho nombramiento, extendiéndose la respectiva credencial que, sin embargo, no llegó a ser entregada. El nuevo presidente Thomas Jefferson del partido republicano, no quería a Marbury en el ejercicio del cargo, y ordenó al secretario de Estado, James Madison, que no le diera el nombramiento. Marbury pidió a la Corte Suprema una orden o mandamiento judicial, para que el Secretario de Estado le otorgara su nombramiento. Sin embargo, la Corte Suprema, al entender que la ley de 1789, que facultaba a la Corte a dictar esas órdenes al Ejecutivo estaba en contradicción con lo establecido por la sección segunda del art. 3,0 de la Constitución, el *chief Justice* John Marshall, estableció la doctrina, según la cual “una ley contraria a la Constitución no constituye derecho” y desechó la pretensión de Marbury, pese que la Ley Judicial le autorizaba para ello, considerando que al así hacerlo la ley contradecía la Constitución.

Efectivamente es a través del caso *Marbury vs. Madison* (1803), en donde la Corte asumió distintos poderes, tales como declarar nulos actos legislativos y ejecutivos contrarios a las competencias otorgadas por la Constitución; sin embargo, lo más

---

<sup>27</sup> Cfr. Reynaldo Bustamante Alarcón, “Control Difuso y Administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de constitucionalidad normativa?”, en ob.cit., pp. 42- 43.

importante es que con esta sentencia la Corte se convirtió en el árbitro de la Constitución, es decir, en la última autoridad en decidir lo que ella significaba, convirtiéndose en consecuencia esa Corte, en un poder igual al Ejecutivo y al Congreso, y desde entonces ha cumplido admirablemente ese papel. Tesis que luego es acogida por el resto de las constituciones del continente americano.

Esto, debido a que el juez Marshall, categóricamente señaló, que la Constitución era la ley suprema y soberana de la Nación, que no puede ser modificada por medios ordinarios, de no ser así, estaría en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y, al igual que éstos, puede ser modificada cuando le plazca a la legislatura. Por tanto, el principio de supremacía de la Constitución, se convirtió en una de las principales características del constitucionalismo moderno.<sup>28</sup>

En consecuencia, los jueces constitucionales deben limitarse a aplicar y ejecutar las normas concretas contenidas en la Constitución escrita o derivadas de ellas en forma claramente implícita; modelo que fue seguido por *Marshall* en la que las leyes sólo pueden ser consideradas nulas mediante deducción, siempre que la premisa fundamental se encuentre claramente en la Constitución. Esto debido a que el precepto del artículo VI, cláusula 2 de la Constitución norteamericana no hace esta precisión, pero sí, a través de la Jurisprudencia que se desarrolló en el caso *Marbury vs. Madison*, falló con el cual se sentó un precedente vinculante, para que todos los jueces ordinarios de los Estados que adoptaron tal sistema, puedan inaplicar normas infra- constitucionales que contravengan la Constitución.

Sistema de control constitucional que fue bien traído a muchos países de América Latina desde el siglo XIX en algunos casos y en otros desde el siglo XX, pese que tales países provienen de tradición jurídica de la familia romano- germánica, que no son para nada incompatibles con el sistema angloamericano, debido a que en ambos sistemas predomina el positivismo jurídico, es decir, en ambas familias jurídicas, estamos frente a un sistema de fuentes en las que se evidencia claramente una jerarquía normativa. Sólo que el sistema americano se preocupó por elevar a su máxima expresión de ley soberana

---

<sup>28</sup> Cfr. Allan Randolph, Brewer- Carias, “Control de la Constitucionalidad. La Justicia Constitucional”, en *El Derecho Público de Finales del Siglo. Una perspectiva iberoamericana*, ob.cit., pp. 525- 526.

y rígida a la Constitución, por lo que los órganos del Estado deben respetarla; mientras que la familia romano- germánico tiene a la ley como su máxima expresión del derecho, pero que en la actualidad se va relativizando este fenómeno, toda vez que la ley va quedando en segundo plano y la Constitución, en la mayoría de los países del mundo se va consagrando como la norma suprema de todo un ordenamiento jurídico.

Por otro lado, se debe tener en consideración que este sistema de control constitucional, no es en lo absoluto el más perfecto, debido a que para algunos jueces o magistrados, lo que una norma es inconstitucional al resolver un caso concreto, para otros magistrados pueden ser constitucionales, generando una inseguridad jurídica; análisis que le sirvió a Hans Kelsen para desarrollar el control concentrado de la Constitución, en la que un órgano especializado en materia constitucional es el encargado de declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos *erga omnes*. En ese sentido Mauro Cappelletti y John Clarke Adams insisten en que el método difuso del control constitucional, *“puede llevar a una grave incertidumbre y confusión, cuando un tribunal decide aplicar una ley y el otro la considera inconstitucional”*.<sup>29</sup>

En efecto, si bien existen discrepancias entre el sistema difuso de control constitucional que tuvo su desarrollo en Estados Unidos y el sistema concentrado que tuvo su origen en Europa, consideramos que ambas formas de control constitucional son válidas y recurribles; esto en la medida, que se debe tener en cuenta una realidad jurídica y social dentro de un ordenamiento jurídico. Es decir, es aplicable el sistema que mejor se adapte a la realidad de cada país.

## **1.2. Tipos de Control Jurisdiccional de la Constitución**

En este punto desarrollaremos los tipos de control jurisdiccional de la Constitución, es decir, abordaremos el tema del control concentrado, difuso y mixto o paralelo de la Constitución.

---

<sup>29</sup> Texto citado por Allan Randolph, Brewer- Carias, “El Sistema Mixto Integral de Control de Constitucionalidad en Colombia y Venezuela”, en *Anuario de Derecho Constitucional en Latinoamericano*, Samuel B. Abad Yupanqui, et. al., Edit. Biblioteca Jurídica Diké, 1ra. Edición, Medellín, 1996, pp. 175-176.

### 1.2.1. El Sistema de control concentrado de la Constitución

El sistema de control concentrado de la Constitución tiene su origen en la Europa continental, en la que las autoridades judiciales no ejercen completamente la justicia constitucional, sino que ésta está conferida, en algunos casos, a órganos constitucionales disímiles e independientes del Poder Judicial, especialmente creados para ello, en forma de Cortes, Tribunales o Consejos constitucionales.

**Este modelo de control se estableció por primera vez en la Constitución de Austria de 1920 (Ley Constitucional Federal), bajo el impulso y el aporte teórico de Hans Kelsen, quien además fue Magistrado del Tribunal Constitucional Austriaco hasta 1930. Para Kelsen, la seguridad de la Constitución reposaba en la rigidez del procedimiento para su reforma y en la posibilidad que un órgano velara por la constitucionalidad de las normas; empero, esa facultad no podía recaer en el mismo órgano creador de la ley (legislativo), sino en un órgano independiente y específico para el control de la constitucionalidad (Tribunal Constitucional)<sup>30</sup>**

Efectivamente, el control concentrado de la Constitución tuvo su origen en Europa, cuando por primera vez, Hans Kelsen incluye en el texto Constitucional Austriaco de 1920, un Tribunal Especial cuya misión era la de dirimir los conflictos constitucionales<sup>31</sup>, así la existencia de un órgano especializado y con funciones específicas, será copiado más adelante por los países latinoamericanos, quienes en su mayoría se inclinan por el modelo mixto o dual del control constitucional, es decir, adoptan el control constitucional difuso y concentrado.

Es decir, este modelo se caracteriza, porque la justicia constitucional es confiada a un órgano constitucional especializado que en algunos casos estructuralmente son independientes de las autoridades judiciales ordinarias, además sus miembros o integrantes no pertenecen a la carrera judicial y son más bien nombrados por órganos políticos del Estado, en particular por el Parlamento y el Ejecutivo, pero que ejercen una actividad jurisdiccional propiamente dicha, poniéndose en tela de juicio su independencia.

En efecto, este sistema, tiene como mentalizador al célebre jurista vienés Hans Kelsen, que propuso para la Constitución austriaca de 1920, y en lo principal determina la

---

<sup>30</sup> Paula Viturro, citado por Willman Ruperto Durán Ribera, “El recurso incidental de Constitucionalidad” en [http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/RII\\_WDR.pdf](http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/RII_WDR.pdf), visitado el 02/10/2010.

<sup>31</sup> Jaime Urcullo Reyes, “El Control Constitucional en Bolivia antes de 1994. Legislación y Jurisprudencia”, en *Serie de Lecturas Constitucionales Andinas N° 04, Una Mirada Reciente a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, pp. 73-74.

conformación de un órgano fuera del poder judicial, denominado Corte o Tribunal Constitucional; para que sea el único órgano que detente las funciones de controlar la constitucionalidad de la leyes del parlamento con efectos *erga omnes*. Sin embargo, este control por parte de un órgano ajeno a la función judicial, no es la única modalidad en que puede manifestarse este sistema, puesto que ese control puede ser detentado por una entidad como la Corte Suprema de Justicia ya sea en pleno o mediante sus salas especializadas; en la que la función básicamente sigue siendo la misma, con la particularidad de que al resolver, sus efectos pueden hacerse extensivos, bien sólo a las partes como en el caso uruguayo; o también alcances generales como el caso panameño.<sup>32</sup>

Para resolver el sistema de control concentrado de la Constitución existen dos vías: la vía incidental y la vía principal. En el primero, la cuestión constitucional sólo considera justiciable cuando está estrecha y directamente relacionada con un proceso en particular, en que la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional sólo pueden intervenir y decidir cuándo así sea requerido por el tribunal ordinario al cual está sometido el caso concreto. En el segundo, el poder de control otorgado a la Corte Suprema o a un Tribunal Constitucional, también puede ser ejercido por vía principal, mediante una acción directa en la que la constitucionalidad de una ley específica constituye la única cuestión del proceso, sin relación ni referencia a un caso particular.<sup>33</sup>

Efectivamente, si una ley es declarada inconstitucional por un órgano especializado, sea Corte o Tribunal Constitucional con efecto *erga omnes*, esta ley queda anulada; sin embargo, mientras no suceda ello, se considera, en principio, como anulable, es decir, la ley anulada por inconstitucional es considerada válida mientras no sea hasta su anulación por el Tribunal, cuya decisión tiene efectos constitutivos, ya que la ley se vuelve inconstitucional solamente después de la decisión.

Actualmente este sistema de control constitucional es adoptado por las Constituciones de muchos países del mundo; en algunos casos, el control concentrado

---

<sup>32</sup> Cfr. Néstor Pedro Sagiús, “La Justicia Constitucional y el control de la ley en América Latina”, en *La Justicia Constitucional en la actualidad*, Luis López Guerra (coordinador); Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, pp. 173- 174.

<sup>33</sup> Cfr. Allan Randolph, Brewer- Carias, “Control de la Constitucionalidad. La Justicia Constitucional”, ob.cit., 1997, pp. 566- 567.

recae en la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en Honduras (artículo 184<sup>34</sup>) y Uruguay (art. 256<sup>35</sup>); en otros, este control se realiza en una de las salas, tenemos, el caso de Costa Rica, al crear la Sala Constitucional en la reforma de 1989, El Salvador (art. 174<sup>36</sup>) y Paraguay (art. 260<sup>37</sup>). En todos los casos se produce el ejercicio del control constitucional por vía incidental y que además se puede habilitar el control por las vías de consultas legislativas o judiciales.<sup>38</sup>

El caso de Chile es muy específico en la que el ejercicio del control concentrado les corresponde en simultáneo, según los casos, tanto a la Corte Suprema de Justicia que conoce por vía incidental, como al Tribunal Constitucional que ejerce el control de carácter preventivo en el momento de la discusión de proyectos de reforma constitucional, de leyes aprobatorias de tratados internacionales y de leyes constitucionales.

---

<sup>34</sup> Artículo 184 de la C. de Honduras de 1982.- Las Leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido.

A la Corte Suprema de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas.

<sup>35</sup> Artículo 256 de la C. de Uruguay de 1997. Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido, de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes.

Artículo 258. La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo:

1° Por vía de acción, que deberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia.

2° Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial.

El Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso - Administrativo, en su caso, también podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, antes de dictar resolución. En este caso y en el previsto por el numeral 2°, se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.

Artículo 260. Los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción, podrán también ser declarados inconstitucionales, con sujeción a lo establecido en los artículos anteriores.

<sup>36</sup> Artículo 174 de la C. de El Salvador de 1983.- La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de los Constitucional a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el Art. 138 y las causas mencionadas en la atribución 7ª del Art. 182 de esta Constitución.

<sup>37</sup> Artículo 260 de la C. de Paraguay de 1992. - Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional:

1. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto, y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a este caso, y

2. Decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución.

El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte.

<sup>38</sup> Cfr. Ricardo Haro, "Tribunales y Salas Constitucionales en Iberoamérica", en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en Conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador Florentino Donato Giannotti*, Héctor Fix Zamudio. et. al., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 1345- 1346.

El ejercicio del control concentrado por vía de acción popular, se produce en el caso de Venezuela (Corte Suprema de Justicia), Colombia (Corte Constitucional), Panamá (Corte Suprema de Justicia), El Salvador, Nicaragua y Ecuador (antes de la vigencia de la Constitución actual); por acción directa, en el Ecuador (Corte Constitucional), Guatemala (Tribunal Constitucional) y Bolivia (Tribunal Constitucional), Perú (TC), pero es una acción que le corresponde sólo a determinados funcionarios u órganos especializados como los colegios profesionales.<sup>39</sup>

Finalmente, tanto en el control concentrado como en el difuso de la Constitución, rige la prohibición de los Tribunales a ejercer *ex officio*, el control constitucional de las leyes y actos estatales de carácter general, sin perjuicio de que en algunos casos, deducida la acción o la vía incidental, la Corte Suprema o Constitucional pueda pronunciarse sobre otras inconstitucionalidades no deducidas; cuyos efectos son inter partes o *erga omnes*, esto dependerá de cada uno de los Estados.

### **1.2.2.El sistema de control difuso de la Constitución.**

Históricamente este sistema es el más antiguo que el sistema concentrado, debido a que su desarrollo se remonta al año de 1803, en la que el Juez Marshall inaplicó una norma inconstitucional, bajo el argumento del principio de Supremacía Constitucional, toda vez que la Constitución es la ley de leyes, es decir, es la norma rectora de una Nación. Por ello constituye la primera aplicación histórica del sistema de *judicial review*, mediante el cual los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma proveniente del Parlamento.

*Judicial review of legislation* propio del sistema americano, es desarrollada de forma difusa por todos los jueces del poder judicial ordinario, teniendo aplicación sobre los derechos individuales de las personas. Por ello, *este sistema es el que más se apega a las exigencias de una tutela judicial inmediata de los derechos fundados en la Constitución*<sup>40</sup>, porque los jueces al ejercer el *judicial review* deben dirigir su atención a

---

<sup>39</sup> Cfr. Ricardo Haro, “Tribunales y Salas Constitucionales en Iberoamérica”, en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en Conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador Florentino Donato Giannotti*, Héctor Fix Zamudio. et. al., ob.cit., pp. 1345- 1346.

<sup>40</sup> Gustavo Sagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid, editorial Trotta S.A., Segunda Edición, 1997, pp. 62.



los procedimientos mediante los cuales se ha preferido una ley y constatar que el contenido de la ley aplicable al caso sea compatible con la Constitución.

Es decir, se trata de un sistema en la que el control de la constitucionalidad de las normas se la encarga a varios agentes, especialmente a los tribunales desde el más bajo hasta el más alto tribunal, (jueces de primera y última instancia); en la que los jueces al tener conocimiento de una causa específica tienen la obligación de realizar un control de constitucionalidad de las normas respecto a las cuales se centra el litigio; en caso de encontrar incongruencia con el texto constitucional declararla inaplicable con efectos *inter partes*. Es decir, como lo señala Sagrebelsky, *aquí el control de la ley tiene lugar por incidir en controversias en donde intervienen directamente las partes en un caso concreto*.<sup>41</sup>

**Si bien es cierto que en el sistema de control difuso la decisión surte efectos *inter partes*, cuando la decisión es adoptada por la Corte Suprema como consecuencia de la doctrina *stare decisis*, los efectos prácticos de la decisión son, de hecho, generales en el sentido de que obliga a todos los Tribunales inferiores del país. Por ello, a partir del momento en que la Corte Suprema declara inconstitucional una ley, en principio, ningún otro tribunal podría aplicarla.**<sup>42</sup>

De la cita debemos entender que, esto ocurre en el caso de Venezuela, el cual es lógico y razonable, toda vez que el control difuso se la encarga a los jueces ordinarios del poder judicial, quienes al evidenciar la manifiesta inconstitucionalidad de una norma, la inaplican, al momento de resolver un caso concreto. Pero si este caso, pasa a conocimiento de la Corte Suprema, quien ejerce el control concentrado de la Constitución, esta puede declararla inconstitucional con efectos *erga omnes* y obligar a todos los tribunales inferiores a inaplicar la norma en cuestión, y no sólo obligar a los tribunales inferiores, sino, incluso a todos los poderes públicos del Estado.

En consecuencia, en los sistemas de control difuso, la decisión del juez en materia de inconstitucionalidad sólo tiene efectos *inter partes*, toda vez que no están facultados para declararlas inconstitucionales, por consiguiente, la norma aplicable al caso concreto, es nula y no surte ningún tipo de efecto. Por ello, la decisión del juez es, en principio, retroactiva en el sentido que tiene consecuencias *ex tunc o pro pretaerito*, es decir, la ley

---

<sup>41</sup> Ibídem, pp. 62.

<sup>42</sup> Allan Randolph, Brewer- Carias, "Control de la Constitucionalidad. La Justicia Constitucional", ob.cit., 1997, pp. 568.

que está siendo inaplicada por inconstitucional, se considera como si nunca hubiera existido o nunca hubiera sido válida, sólo para el caso concreto. Sin embargo, no se descarta la posibilidad de que la decisión del juez en la que empleó el control difuso, sea aplicable a otros casos similares en el fondo y en la forma.

El sistema difuso o americano, que se estableció en Estados Unidos, después del caso *Marbury vs. Madison*, fueron adoptados por muchos países, con o sin una tradición del *common law*, como es el caso de, “Argentina, Brasil, Colombia, México, Venezuela, Grecia, Australia, Canadá, India, Japón, Suecia, Noruega y Dinamarca”. Tanto en Norteamérica como en Latinoamérica, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, forman parte de las atribuciones del Poder Judicial, cuyo ejercicio corresponde tanto a la Corte Suprema como a la justicia ordinaria, incluso en algunos casos, como el peruano, este control, también le corresponde al Tribunal Constitucional (ubicado fuera del poder judicial). Este sistema de control sólo procede contra normas promulgadas y vigentes, es decir, es un tipo de control *a posteriori* de la Constitución.

### **1.2.3. Sistema mixto o paralelo del control de la Constitución**

El modelo dual o paralelo, “*es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse*”.<sup>43</sup>

En muchos países se ha adoptado una mezcla de los sistemas antes mencionados, es decir el sistema de control difuso y el sistema de control concentrado de la Constitución, con miras a permitir que ambos tipos de control funcionen al mismo tiempo. Este es el caso de “*Portugal, Colombia, Perú, Bolivia y Venezuela, donde todos los tribunales tienen la facultad de juzgar la constitucionalidad de la leyes y, por consiguiente, pueden decidir en forma autónoma la inaplicabilidad de una ley en un proceso dado y,*

---

<sup>43</sup> Domingo García Belaúnde, “La Jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, en el *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Conmemoración de los 506 del Nacimiento del pensador Florentino Donato Giannotti*, Héctor Fix Zamudio, et. al., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 1325.

*además, la Corte Suprema o un Tribunal o Corte Constitucional tienen la facultad de declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes, en un proceso objetivo.”<sup>44</sup>*

En consecuencia, consideramos necesario hacer un resumen comparativo respecto a las diferentes combinaciones de estos dos sistemas, para lo cual nos apoyaremos en los lineamientos de Néstor Pedro Sagüés<sup>45</sup>. Toda vez que, en materia de mixtura hay muchas variantes, casi infinitas, pues salvo los principales países creadores de los modelos originales, los mixtos se han formado por imitación o recepción de los otros sistemas, y como cada país tiene su propia realidad, resultan recogiendo aspectos de esta última y dando nacimiento a sistemas bastante diferenciados.<sup>46</sup>

Para lo cual, antes de comenzar con el desarrollo de estas combinaciones, precisaremos el significado de un Órgano especializado, que viene a ser un órgano apropiado, experto o técnico en ejercer el control de la constitucionalidad de las normas, como ocurre en el caso de los Tribunales o Cortes Constitucionales a las que se les ha confiado la defensa del principio de supremacía constitucional, contra las leyes o actos de los órganos del Estado que pretendiesen socavarlo; interviene para restablecer el respeto a la Constitución en general y de los derechos constitucionales en particular; mientras que un órgano no especializado, es aquél órgano que no está facultado para aplicar el control difuso, sin embargo, puede ejercerla en algunas ocasiones.

#### **a) Control judicial difuso y control concentrado en un órgano no especializado**

Sabemos que el control judicial difuso está a cargo de los jueces ordinarios, el cual es la regla general; sin embargo, existen ciertos procesos que son remitidos a un órgano no especializado proveniente del poder judicial, es decir, la Corte Suprema de Justicia, quien conoce por vía de recurso las resoluciones de los jueces ordinarios en materia relacionada al control de la constitucionalidad.

La Corte Suprema de Justicia en realidad no es un órgano especializado en cuanto al control de la constitucionalidad debido a que se dedica también a resolver otros

---

<sup>44</sup> Allan Randolph, Brewer- Carias, “Control de la Constitucionalidad. La Justicia Constitucional”, ob.cit., 1997, pp. 566.

<sup>45</sup> Néstor Pedro Sagüés, *Justicia Constitucional y Control de la Ley en América Latina*, ob.cit., pp.177- 182.

<sup>46</sup> Domingo García Belaúnde, “La Jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, ob.cit., pp. 1324.

casos, pero en ocasiones en vía de recurso se pronuncian sobre la constitucionalidad de las normas, con efectos *inter partes*, en caso del control difuso y con efectos *erga omnes* en el caso del control concentrado.

Los países que se rigen bajo este sistema en Latinoamérica son: México, a través de su Constitución de 1994, en la que mediante una reforma constitucional se otorgó a la Corte Suprema de ese país la competencia exclusiva para conocer acciones declarativas de constitucionalidad de tipo abstracto; Brasil, a través de su Constitución de 1988 y las posteriores reformas de 1993, determinaron una acción de inconstitucionalidad a tramitarse también exclusivamente ante el Tribunal Supremo Federal; y, la República Dominicana, en su Constitución de 1994 que en su artículo 67º, inciso 1, prescribe que *el Presidente de la República, uno de los presidentes de las cámaras del Congreso Nacional, y la parte interesada, tienen iniciativa para presentarse ante la Corte Suprema y reclamar directamente la inconstitucionalidad de las leyes.*<sup>47</sup>

#### **b) Control judicial difuso y control concentrado en un órgano especializado**

Este sistema consiste en que el control de la Constitución, se mantiene en manos de varios agentes, es decir, jueces ordinarios (quienes realizan el control difuso) y también ejerce el control de la Constitución un órgano especializado, que puede provenir de fuera de la Función Judicial, es decir el Tribunal o Corte Constitucional, o del propio seno de esta, como es el caso de la Sala especializada de la Corte Suprema, (quienes realizan un control concentrado básicamente a nivel abstracto, es decir, su función será declarar inconstitucional una ley por contravenir la Constitución).

Existe una diferencia sustancial entre, esta modalidad de control mixto y el control judicial difuso con control concentrado en un órgano especializado extrajudicial, que consiste en la naturaleza del órgano que realiza el control abstracto, ya que este puede o no provenir de la Función Judicial (sala especializada), sin que por ello deje de considerárselo especializado, en cambio en el control especializado extrajudicial, el órgano especializado *sine qua non* debe encontrarse fuera de la Función Judicial.

---

<sup>47</sup> Cfr. Néstor Pedro Sagüés, *Justicia Constitucional y Control de la Ley en América Latina*, ob. cit., pp.177- 178.

En este tipo de control encontramos a los casos de: El Salvador, cuya Constitución, en su art. 185<sup>48</sup>, establece un control difuso a cargo de todos los jueces y en su art. 183<sup>49</sup>, consagra, el control concentrado a cargo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; la Constitución de Venezuela, corre la misma suerte, al determinar un control difuso (art. 334<sup>50</sup>), y un control concentrado en manos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 335<sup>51</sup>); y, la Constitución colombiana, prevé un control difuso ceñido al caso concreto y con efectos *inter partes* (deducido del art. 4<sup>52</sup> y 241<sup>53</sup>), aunque formalmente integra la Función Judicial.<sup>54</sup>

---

<sup>48</sup> Art. 185 de la Constitución de El Salvador de 1983.- Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales.

<sup>49</sup> Art. 183 de la Constitución de El Salvador de 1983.- La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano.

<sup>50</sup> Artículo 334 de la Constitución de Venezuela de 1999. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley.

<sup>51</sup> Artículo 335 de la Constitución de Venezuela de 1999. El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

<sup>52</sup> Art. 4 de la Constitución de Colombia de 1991.- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

<sup>53</sup> Art 241 de la Constitución de Colombia de 1991. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. (...)

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

<sup>54</sup> Cfr. Néstor Pedro Sagüés, *Justicia Constitucional y Control de la Ley en América Latina*, ob.cit., pp.179- 180.

**c) Control judicial difuso y control concentrado en un órgano especializado extrajudicial**

En cuanto a este tipo de control, es realizado por los jueces en general (control difuso) y adicionalmente, por un órgano técnico y especializado en materia constitucional como es el caso del Tribunal Constitucional o la Corte Constitucional, que no es propio de la Función Judicial sino que obedece a una jurisdicción constitucional especializada.

En cuanto al primer caso, el control difuso realizado por los jueces se circunscribe a declarar la inaplicabilidad de una norma puesta en su conocimiento por medio de un caso concreto; mientras que al órgano técnico (control concentrado extrajudicial especializado) se le asigna la función de declarar la inconstitucionalidad de una norma, con efectos generales y abstractos; también suele resolver acciones provenientes del poder judicial ordinarios, funcionando como tribunal de alzada; así se lo evidencia en casos de amparos, habeas corpus, habeas data o acción de incumplimiento.<sup>55</sup>

Los países que acogen este sistema de control constitucional son Ecuador que en la Constitución de 1998 mantenía un control concentrado de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional (art. 278<sup>56</sup>), y un control difuso a cargo de los demás jueces y tribunales ordinarios (art. 274 que la analizaremos más adelante). Mientras que, la actual Constitución aprobada por referéndum el 28 de septiembre del 2008, mantiene este sistema de control pero en un órgano especializado que es la Corte Constitucional que reemplazó al Tribunal Constitucional; en cuanto al control difuso se entiende tácitamente, toda vez que los jueces y juezas, quienes de encontrar preceptos inconstitucionales deben suspender la tramitación de la causa y remitir el

---

<sup>55</sup> Domingo García Belaúnde, “La Acción de Inconstitucionalidad en el Perú” en la *Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dickinson, Madrid, 1997, pp. 831.

<sup>56</sup> Art. 278 de la Constitución de Ecuador de 1998.- La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno.

Si transcurridos treinta días desde la publicación de la resolución del Tribunal en el Registro Oficial, el funcionario o funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, los sancionará de conformidad con la ley.

expediente en consulta a la Corte Constitucional (art. 428 que será desarrollada más adelante).

Otro claro ejemplo de este sistema de control constitucional es el Perú, toda vez que la Constitución de 1993 en sus artículos 51° y 138°, prescribe el sistema difuso de control constitucional (en todo proceso en la que exista incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, prevalece la primera y la segunda frente a otras normas de menor jerarquía), y en los artículos 201<sup>57</sup>, 202<sup>58</sup> y 204<sup>59</sup>, se prescribe el control concentrado de la Constitución encargado al Tribunal Constitucional, que es un órgano autónomo, especializado y fuera del poder judicial, que tiene la función fundamental de administrar justicia, velando por la plena vigencia de los derechos fundamentales y pronunciándose sobre la inconstitucionalidad de una norma con efectos generales (*erga omnes*). Respecto al control difuso en el Perú, la desarrollaremos con mayor profundidad más adelante. Asimismo, tenemos el caso de Guatemala con un control difuso a cargo de jueces ordinarios (art. 204<sup>60</sup> Constitución de 1985), y control especializado a cargo de una Corte Constitucional (art. 267<sup>61</sup>).

---

<sup>57</sup> Artículo 201° de la Constitución de Perú de 1993. El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. (...) Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

<sup>58</sup> Artículo 202° de la Constitución de 1993. Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

<sup>59</sup> Artículo 204° de la Constitución de 1993. La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

<sup>60</sup> Artículo 204 de la Constitución de Guatemala de 1985.- Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

<sup>61</sup> Artículo 267 de la Constitución de Guatemala de 1985.- Inconstitucionalidad de las leyes de carácter general. Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad.

**d) Control judicial concentrado con control concentrado en un órgano extrajudicial**

Este tipo de control constitucional, consiste en que un órgano judicial específico que se encarga de ejercer el control constitucional, el mismo que generalmente es la Corte Suprema de Justicia, quien tiende a resolver los conflictos *inter partes* que se presentan a su conocimiento; y a la par existe un órgano especializado llámese Tribunal o Corte Constitucional quien realiza un control abstracto de la ley o proyecto de ley puesto a su conocimiento.

Este tipo de control lo evidenciamos en Chile a través de su Constitución de 1980 que determina en primer término la existencia de control concentrado de constitucionalidad encargado a su Corte Suprema de Justicia, la cual puede declarar inaplicables para los casos concretos puestos a su conocimiento ciertos preceptos contrarios a la Constitución (art. 80<sup>62</sup>), y por otro lado, un control especializado que se encuentra por fuera de la Función Judicial (Tribunal Constitucional chileno), el cual realiza un control abstracto básicamente de la constitucionalidad en materia de proyectos de ley y tratados internacionales (art. 82<sup>63</sup>).

Este tipo de control es muy parecido a la prescrita anteriormente, es decir al control judicial difuso y control concentrado en un órgano especializado extrajudicial, toda vez que el control concentrado en ambos casos se encarga a un órgano especializado que está fuera del poder judicial.

---

<sup>62</sup> Artículo 80 de la Constitución de Chile de 1980. La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento.

<sup>63</sup> Artículo 82 de la Constitución de Chile de 1980. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1. Ejercer el control de la constitucionalidad de las Leyes Orgánicas Constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución;
2. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;
3. (...)
6. Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al Artículo 88;



Tal es el caso peruano, en la que evidenciamos claramente un órgano especializado (Tribunal Constitucional (TC)) y fuera del poder judicial que es el encargado de declarar la inconstitucionalidad de las normas vigentes, es decir de las normas debidamente promulgadas y publicadas como tal (se realiza un control *a posteriori* de las normas); mientras que en el caso chileno, que también el control concentrado se encarga al TC, quien se encarga de declarar la inconstitucionalidad de una norma; sin embargo, en vía de consulta, también puede declarar la inconstitucionalidad de proyectos de ley y tratados internacionales (en la que evidenciamos un control *a priori* y *a posteriori* de la constitucionalidad de las normas).

### **1.3. La compatibilidad del control difuso con todos los sistemas**

El sistema difuso de control judicial de la constitucionalidad de las leyes no es un sistema peculiar a los sistemas jurídicos anglosajones o del *common law*, y que pudiera ser incompatible con los sistemas jurídicos de tradición civil o de derecho romano; al contrario, el sistema de control difuso ha existido desde el siglo pasado en casi todos los países de América Latina, pertenecientes a la familia del derecho romano; por ejemplo tenemos el caso de México, Argentina y Brasil que siguieron el modelo norteamericano y el caso de Colombia y Venezuela en la que coexiste con el sistema concentrado. Y, no sólo en América Latina, sino también en Europa, por ejemplo tenemos el caso de Suiza, en la que el control difuso por primera vez fue establecido en la Constitución de 1874 y Grecia, en la que se ha adoptado un sistema mixto de control constitucional a través de su Constitución de 1975, así en su artículo 95° decía: “*Los Tribunales están obligados a no aplicar leyes cuyo contenido sea contrario a la Constitución*”.

Sin embargo, Cappelletti y Adams señalan que existe una incompatibilidad fundamental entre el método difuso de control judicial y los sistemas jurídicos basados en el Derecho romano, para lo cual citan la experiencia Alemana e italiana antes de su creación de su respectiva corte y Tribunal Constitucional<sup>64</sup>; con el cual no estamos de acuerdo. Cappelletti desarrolla la doctrina del *stare decisis* en el siguiente sentido:

---

<sup>64</sup> Cfr. Allan Randolph, Brewer- Carias, “El Sistema Mixto o Integral de Control de Constitucionalidad en Colombia y Venezuela”, ob.cit., pp. 173- 174.

Conforme a la doctrina del *stare decisis*, la decisión del más alto tribunal en cualquier jurisdicción es obligatoria para todos los tribunales inferiores de la misma jurisdicción, por lo que tan pronto el tribunal supremo ha declarado una ley inconstitucional, ningún otro tribunal puede aplicarla (...). Este principio es extraño a los jueces en los sistemas jurídicos del derecho civil, un método de control de la constitucionalidad que permita a cada juez decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, puede conducir a que una ley pueda ser inaplicable por algunos jueces, por inconstitucional y ser considerada aplicable, por otros jueces en sus decisiones; aún más el mismo juez que la desaplicó por inconstitucional dicha norma, en otro caso puede considerarla aplicable, cambiando su criterio acerca de la legitimidad constitucional de la ley; además podrían surgir diferencias entre diferentes tribunales.<sup>65</sup>

Ello no es óbice para señalar que el control difuso no sea compatible con otros sistemas jurídicos, toda vez que los problemas derivados del principio de supremacía constitucional, evidenciados por los precitados tratadistas, existen tanto en países con tradición de sistemas del *common law* como en sistemas del derecho romano, y si bien es cierto que la doctrina del *stare decisis* es una corrección a los problemas anotados, dicha corrección no es absoluta. Por otro lado, aún cuando la doctrina del *stare decisis*, tal como es conocida en el *common law*, no se aplica en países con tradición del derecho romano, aquellos en los cuales se ha adoptado un método difuso de control de constitucionalidad ha adoptado, paralelamente, sus propios correctivos a los problemas planteados, con efectos similares.<sup>66</sup>

La compatibilidad del sistema difuso con otros sistemas, no puede resolverse en base a una supuesta adaptabilidad o no de un sistema en particular, sino con el sistema de garantía constitucional que se adopte en relación a la Supremacía de la Constitución, en consecuencia la lógica es la atribución dada a todos los jueces del poder decidir cuál norma debe ser aplicada cuando existe una contradicción entre una ley particular y la Constitución, estando, obligados a dar prioridad a la Constitución.

---

<sup>65</sup> Cfr. Cappelletti citado por Allan Randolph, Brewer-Carias, “El Sistema Mixto o Integral de Control de Constitucionalidad en Colombia y Venezuela”, ob.cit., pp. 176- 177.

<sup>66</sup> Ibídem, pp. 177.

Efectivamente, vemos que el control difuso no es nada incompatible con otros sistemas, al contrario es una forma de garantizar la constitucionalidad de las normas en toda la esfera del poder judicial, toda vez que la Constitución, en muchos países del mundo se ha constituido como la ley soberana y suprema de la Nación. Por ejemplo tenemos el caso de Argentina y Brasil, en la que todos los tribunales de la Corte Suprema, de decidir no aplicar las leyes inconstitucionales, a través del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, tienen efectos obligatorios respecto a los tribunales inferiores.

Parecido ocurre en Grecia, en la que su Constitución de 1975, otorga poderes a la Corte Suprema Especial, para decidir en materia de inconstitucionalidad, con efectos generales y absolutos; Venezuela, cuando su Código de Procedimiento Civil (art. 321º) establece que *los jueces de instancia procuran acoger la doctrina de casación establecida en los casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia*; Colombia, Guatemala, en las que combinan ambos sistemas de control constitucional, en la que la Corte Suprema de Justicia o las Cortes o Tribunales Constitucionales son las facultadas para declarar la inconstitucionalidad de las leyes inconstitucionales con efectos *erga omnes*; entre otros países, como es el caso de Perú, Bolivia y Chile.<sup>67</sup>

En consecuencia, corresponde desarrollar el principio del *stare decisis* que viene a ser la locución latina que sintetiza la desplegada frase “*stare decisis et non quieta moveré*”, que significa, bajo un criterio de literalidad, “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. En general, equivale a la denominación de lo que es una decisión dictada por un tribunal y que ha de ser mantenida en casos similares o análogos que se resuelvan en el futuro. (...), no es nada más verdadero que entender al *stare decisis* como una especie de parámetro normativo que contribuye al resguardo de la seguridad jurídica en el sistema; es decir, se debe acatar la decisión del juzgador cuando lo instituye en una controversia en la que se susciten cuestiones de hecho y derecho idénticas a la del caso originario, sea o no de una instancia superior. Es así, como se logra

---

<sup>67</sup> Cfr. Allan Randolph, Brewer- Carias, “El Sistema Mixto o Integral de Control de Constitucionalidad en Colombia y Venezuela”, ob.cit., pp. 179- 181.

conservar estable la balanza de la justicia, evitando que esta fluctúe, tiemble o traquantee con cada razonamiento novedoso del juzgador.<sup>68</sup>

Sin embargo, el *stare decisis* opera tanto de manera horizontal, en tanto que busca vincular a cada juez a sus propias decisiones; como de manera vertical, estableciendo que el precedente sentado por una instancia suprema deberá ser respetado por las instancias inferiores, toda vez que, la fuerza vinculante del *stare decisis* vertical hace que los tribunales de primera instancia no desempeñen propiamente una función de proveer reglas, ya que los precedentes establecidos por los tribunales de rango superior para revisar sus sentencias siempre tienen mayor fuerza vinculante.<sup>69</sup> Razón para que, en la actualidad el Tribunal Constitucional del Perú, se tome la atribución de crear derecho acorde a la Constitución y sentar como precedente constitucional vinculante, lo cual analizaremos detenidamente más adelante.

En efecto, diremos que la doctrina del *stare decisis*, al igual que tuvo su desarrollo con sus propias características en los países con el sistema del *common law*, también esta doctrina, tuvo su desarrollo en los países con tradición jurídica del derecho romano, que a su vez han desarrollado diversos mecanismos particulares para prevenir los efectos negativos, sea otorgando carácter obligatorio a los precedentes, es decir, otorgando poderes necesarios a una Corte Suprema o Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

#### **1.4. Objeto del control difuso.**

El análisis del objeto del control difuso tiene que ver con el tipo de normas que puede comprender el prenombrado control. En tal sentido haremos un breve resumen a Haro García<sup>70</sup>, quien hace la clasificación de las normas que se someten a este tipo de control.

---

<sup>68</sup> Cfr. Víctor Hugo Montoya Chávez, “El *stare decisis* constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales”, en *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, César Landa Arroyo (Director), Año III, N°. 5, enero- junio, Lima, 2007, pp. 74- 75.

<sup>69</sup> Cfr. César Landa Arroyo, “Los precedentes Constitucionales”, en *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, César Landa Arroyo (Director), Año III, N°. 5, enero- junio, Lima, 2007, pp. 50.

<sup>70</sup> José Vicente Haro García, “El Control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: su Estado actual de la cuestión”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudio en Homenaje a Héctor Fix*

**a) Leyes u otras normas que tengan el mismo rango o nivel:** Pueden ser objeto de control difuso de constitucionalidad todas las leyes y normas, tales como: leyes de carácter nacional, decretos leyes o decretos legislativos, decretos supremos, leyes estatales, ordenanzas municipales, etc.

Puede parecer incómodo hacer alusión a este tipo de normas, pero cabe la precisión de que, en el sistema peruano las leyes y normas legales con rango de ley tienen el mismo nivel dentro de su jurisdicción, por ejemplo, el caso de las ordenanzas que están al mismo nivel jerárquico que las leyes, esto dentro de su jurisdicción, por cuanto son vinculantes y de obligatorio cumplimiento.

**b) Los reglamentos:** Tenemos a los reglamentos dictados por la Administración Pública que tengan carácter normativo, es decir, aquellas normas que hacen posible la aplicación de las leyes. De la actividad ejecutiva surgen distintos actos: los administrativos, políticos y los de la Administración. Los dos primeros tienen relevancia jurídica, producen efectos con relación a terceros, en tanto que los actos de administración se producen en lo interno de ella.<sup>71</sup>

En este punto es necesario ilustrar a través del artículo 51° de la Constitución peruana, en la que prescribe que prevalece la Constitución sobre las leyes y estas sobre las demás normas de inferior jerarquía. Es decir, los reglamentos, que jerárquicamente se encuentran por debajo de las leyes, toda vez que son estas las que delimitan su ámbito de aplicación. En consecuencia los reglamentos no deben contravenir las leyes, ni crearse derechos a través de ellas, toda vez que sólo son instrumentales, y de contradecir a una norma legal, contradice también la Constitución. Por ello es objeto de control difuso de su constitucionalidad.

**c) Leyes derogadas:** Son objeto de control difuso, si ha de resolverse una causa que, a pesar de la derogación de la ley, está sometida a sus preceptos, en virtud de la ultractividad de la ley.

---

*Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Eduardo Ferrer Mc- Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de la Rea (coordinadores), Tomo III, Marcial Pons, México, 2008, pp. 738- 740.

<sup>71</sup> Luis Fernando Torres, *El control de la Constitucionalidad en el Ecuador*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1987, pp. 142.

Por lo general, una norma solamente rige hacia el futuro, pero puede presentarse la ultractividad de la ley, es decir cuando una ley derogada sigue produciendo efectos y sobrevive para algunos casos concretos, como en el caso de las leyes procesales, puesto que las actuaciones y diligencias deben regirse por la ley vigente al tiempo de su iniciación. En el derecho penal, por el principio de la ley más favorable, se usa la ultractividad de la ley. Por ejemplo una ley que sancionara penas más leves para un determinado delito, regiría retroactivamente a los casos aplicables.

**d) Leyes afectadas de inconstitucionalidad sobrevenida:** En este punto pondremos de ejemplo el caso de Venezuela. El objeto de control difuso de constitucionalidad de las leyes, en virtud de lo establecido en la disposición derogatoria única de la Constitución de 1999, según la cual quedó derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el 23 de enero de 1971 y el resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga la nueva Constitución.<sup>72</sup>

Al respecto, consideramos que también procede el control constitucional, pese a la problemática que ocurra en una determinada legislación, estamos frente a una norma o ley que puede o no ser constitucional.

**e) Normas contractuales:** El precitado autor, en su cita del profesor Casal, señala que es discutible la extensión del concepto de ley para incluir las normas contractuales dado que los contratos carecen de efectos generales o normativos y son suscritos por particulares generalmente. Las cláusulas contractuales no gozan de las características propias de las normas legales o reglamentarias, tales como generalidad y abstracción.

Nosotros somos de la idea que los jueces al momento de resolver un caso concreto en la que se discuta la legalidad de un contrato privado o este contrato es atentario de derechos fundamentales, el juez debe inaplicarla y garantizar estos derechos fundamentales. Siendo de este mismo criterio el Tribunal Constitucional.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> José Vicente Haro García, "El Control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: su Estado actual de la cuestión, ob.cit., pp. 740.

<sup>73</sup> N° 03843-2008-AA/TC (FJ 4). Este, Colegiado ha señalado que en virtud del artículo 138 de la Constitución y del artículo 3 del CPConst. la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas autoaplicativas constituye un poder-deber para el juez; por ello las normas privadas que sean contrarias a

Por otro lado, también tenemos la cuestión de si es posible aplicar el control constitucional en los tratados internacionales específicamente en los Convenios de Doble Imposición (CDI). Al respecto, consideramos que sí es posible el control concentrado, pero con ciertas limitaciones, porque en algunos Estados, como en el caso chileno el Tribunal Constitucional puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados; cosa que no ocurre con el control difuso debido a que ésta procede sólo contra normas infraconstitucionales, y como los Tratados y los CDIs tienen rango constitucional, incluso en materia de derechos humanos, están por encima de esta, somos de la posición que no procede el control difuso. Esto, por una cuestión de especialidad y jerarquía.

### **1.5. Efectos de la aplicación del control difuso de la Constitución**

En este punto nos referimos a los efectos de la decisión que adopten los tribunales con relación a la constitucionalidad o aplicabilidad de la ley en un caso concreto. Para lo cual es necesario partir de las siguientes interrogantes; ¿a quién afecta la decisión?, y ¿Cuándo comienza a surtir efectos?. Para responder las interrogantes propuestas, haremos un breve resumen a los argumentos propuestos por Brewer Carias<sup>74</sup>.

**a. El efecto *inter partes* de las decisiones judiciales:** La racionalidad del método difuso es que la decisión adoptada por el juez sólo tiene efectos con relación a las partes en el proceso concreto en la cual aquella se adopta, es decir, los efectos van en relación a las partes que han participado en el proceso, por lo que no puede ser aplicada a otros particulares.

En efecto, si la decisión judicial sobre la constitucionalidad y aplicabilidad de una ley sólo puede ser adoptada en un proceso particular desarrollado entre partes concretas, la lógica del sistema es que la decisión sólo se puede aplicar en este caso, y a las partes del mismo, y en consecuencia, no puede ni beneficiar, ni perjudicar a ningún otro individuo ni a otros procesos. Por consiguiente, si una ley es considerada

---

los derechos constitucionales han de ser inaplicadas en cada caso concreto, esto al margen del control abstracto de las normas legales en la vía que corresponda.

<sup>74</sup> Cfr. Allan Randolph, Brewer- Carias, “El Sistema Mixto o Integral de Control de Constitucionalidad en Colombia y Venezuela”, ob.cit., pp. 189- 192.

inconstitucional en una decisión judicial, esto no significa que dicha ley ha sido invalidada y que no sea efectiva y aplicable en otros casos.<sup>75</sup>

La mayoría de los juristas y tratadistas coinciden en que los efectos del control difuso son *inter partes*, es decir, en las decisiones judiciales en las que se resolvió un caso concreto, teniéndose en consideración la inconstitucionalidad de la norma se la inaplicó al caso concreto, no significa que la norma inaplicada haya perdido su vigencia o ineficacia, para los demás casos. Esto significa que la ley inaplicada en el caso concreto sigue vigente y puede ser materia de aplicación en otros casos; toda vez que sólo para el caso en concreto se considera a la norma como nula y sin valor.

Razón para que Hans Kelsen haya cuestionado este sistema de control constitucional, toda vez que no es justo ni razonable que una norma de la cual se presume su inconstitucionalidad siga vigente para los demás casos, cuando en un caso concreto se dejó de aplicar. Por ello, ideó, el sistema concentrado de la Constitución, en la que una norma inconstitucional no sólo es inaplicable, sino debe ser declarada inconstitucional con efectos *erga omnes*, a través de un órgano especializado.

**b. Los efectos declarativos de las decisiones judiciales:** Los efectos *inter partes* de la decisión judicial adoptada conforme al método de control difuso, están directamente relacionados también con otras cuestiones como: cuándo comienza a ser efectiva la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad como garantía de la Constitución. En efecto, de todo lo esbozado llegamos a determinar la supremacía de la Constitución sobre todos los demás actos estatales, lo que nos lleva a pensar que las leyes contrarias a ella, son nulas y sin valor.

Cuando un juez decide sobre la constitucionalidad de una ley, y la declara inconstitucional e inaplicable a un caso concreto, es porque la considera nula y sin valor, es decir, como si nunca hubiera existido para el caso concreto. Por ello, sus efectos son declarativos, debido a que se declara su inaplicabilidad para el caso concreto y consecuentemente su inconstitucionalidad desde que se dictó la ley; es

---

<sup>75</sup> Ibídem, ob.cit., pp. 190.



decir, la decisión del juez en virtud del carácter declarativo, tiene efectos *ex tunc, pro pretaerito* o de carácter retroactivo, toda vez que dichos efectos se retrotraen al momento de la emisión de la norma inconstitucional, evitando que pueda tener efectos en el caso concreto. En tal sentido, queda claro que los jueces no pueden anular la ley sino considerarla inconstitucional para inaplicarla en el caso concreto, siempre y cuando sea necesario.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup>Cfr. Allan Randolph, Brewer- Carias, “El Sistema Mixto o Integral de Control de Constitucionalidad en Colombia y Venezuela”, ob.cit., pp. 191- 192.

## **CAPÍTULO II**

### **EL CONTROL DIFUSO EN LOS PAÍSES ANDINOS**

En el presente capítulo abordaremos una mirada constitucional del control difuso en nuestra legislación comparada, específicamente en los países andinos, con la finalidad de identificar rasgos característicos en cada uno de estos sistemas. Para lo cual tomaremos en consideración las Constituciones y normas afines que regulen esta medida de control constitucional.

Asimismo, la intención es destacar, si en cada uno de estos países se aplica, también, el control difuso en el ámbito administrativo, toda vez que en el caso peruano, el control difuso se hace extensivo a los tribunales y órganos colegiados administrativos que ejercen justicia administrativa de carácter nacional; el mismo que fue instituido a partir de un caso concreto, Exp. N° 3741-2004-AA/TC, el que será materia de análisis, en la que el Tribunal Constitucional estableció como precedente constitucional vinculante que el control difuso también es deber y obligación de los tribunales administrativos y órganos colegiados.

#### **2.1. EL CONTROL DIFUSO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

##### **2.1.1. El control difuso en el desarrollo del constitucionalismo**

El desarrollo del control difuso de la Constitución en el Ecuador, data del siglo XX; es decir, la preocupación de los legisladores de establecer la Supremacía Constitucional se refleja a partir de la Constitución de 1830 que en su artículo 69°, establece una obligación relativa en la que todos los funcionarios públicos deben guardar fidelidad a la Constitución;

**Artículo 69° de la Constitución de 1830.- “Todo funcionario prestará juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes, y de cumplir los deberes de su ministerio. No se admitirá juramento con modificaciones. La persona que no jurase libremente la Constitución, no será reputada, como de esta sociedad.**

Vulneración que se debió a que las Constituciones de la época no atribuyeron explícitamente a un poder independiente como es el poder judicial, la facultad de inaplicar normas consideradas inconstitucionales, prevaleciendo las decisiones de las autoridades públicas incluso por sobre los derechos fundamentales consagrados en la

Constitución; como ejemplo podemos destacar que en el año de 1888, la Corte Suprema de Justicia aplicó una ley que condenaba a un individuo a la pena de muerte por el delito de sedición, lo cual estaba expresamente prohibido por la Constitución de 1884.<sup>77</sup>

La Constitución de 1897 fue clave en el desarrollo del constitucionalismo ecuatoriano, toda vez que por primera vez se estableció la Supremacía de la Constitución que en su art. 132 señala: “*La Constitución es la Suprema Ley de la República, y cualquiera leyes secundarias, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones o tratados públicos que estuvieren en contradicción, o se apartaren de su texto, no surtirán efecto alguno*”.

La Constitución de 1930, en su art. 162° establece una especie de control difuso cuando señala que ninguna autoridad podía “(...) negarse a cumplir o aplicar las leyes, invocando que son inconstitucionales (...)”; demostrando el espíritu legalista por sobre las normas constitucionales; sin embargo el mismo artículo señalaba contrariamente que “(...) la obligación primordial de toda autoridad, sea del orden que fuere, es ajustar sus actos a la Constitución”, redacción esta que llevó a graves confusiones, por lo que las autoridades preferían remitirse a las leyes (reglas precisas) que a la Constitución, perjudicando así los derechos fundamentales de los individuos.

En la Constitución de 1945 a través de su artículo 160° se evidencia una especie de *control concreto con carácter incidental* (este juicio de constitucionalidad en vía incidental representa una “hibridación” de los dos modelos ya enunciados en líneas anteriores; es decir que existe un órgano especializado para decidir respecto a la constitucionalidad de una ley en abstracto, propio del modelo austríaco, pero cada juez puede estar involucrado en el proceso constitucional realizando un control concreto de constitucionalidad como en los Estados Unidos)<sup>78</sup>, toda vez que los jueces superiores debían elevar el caso al Tribunal de Garantías Constitucionales para que este se pronuncie respecto al apego o no de la norma con el texto constitucional.

---

<sup>77</sup> Agustín Grijalva, “El Control Constitucional en el Ecuador y Colombia”, obra inédita del Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2006, pp.07.

<sup>78</sup> Giancarlo Rolla, *Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*, Instituto mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editora Porrúa, México, 2006, pp. 135.

**Artículo 160.- “Son atribuciones y deberes del Tribunal de Garantías Constitucionales:  
4. Suspender la vigencia de una ley o precepto legal considerados inconstitucionales, hasta que el Congreso dictamine acerca de ellos.**

**Para hacerlo el Tribunal observará las reglas siguientes:**

- a) Sólo podría proceder a petición de un juez o tribunal de última instancia;
- b) La suspensión se limitará a la disposición o disposiciones consideradas inconstitucionales;
- c) Deberá dar la resolución en el término de veinte días contados desde la fecha en que reciba la solicitud.

**Si el Tribunal de Garantías no resolviera dentro del término fijado en el inciso anterior, el juez o tribunal que hizo la petición aplicará la ley vigente”.**

Texto en la cual evidenciamos la remisión al Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) para pegarse a la regla de que sólo a petición de un juez o tribunal de última instancia podrá el órgano técnico suspender una ley o precepto legal; y en cuanto al control a priori de la Constitución, se la encargó al nuevo, buscando con ello cierta independencia del juez constitucional, respecto a los órganos jurisdiccionales; sin que por ello se hable de un control puramente concentrado sino más bien de un modelo mixto, en donde se hacen presentes, elementos del control difuso, así como el concentrado, puesto que el TGC sólo podía actuar a petición de un juez o tribunal de última instancia, siendo estos órganos jurisdiccionales quienes tenían en sus manos el ejercicio de la acción, para que luego actúe el órgano de control especializado, estableciéndose de cierta forma una especie de control difuso restrictivo a cargo de jueces superiores. Mecanismo de control constitucional que se asemeja bastante a la Constitución actual (2008), en la que no evidenciamos textualmente la prescripción del control difuso, sino, más bien un tipo de control incidental; fortaleciéndose aún más la Corte Constitucional.

Asimismo, el artículo 160º, numeral 5 de la precitada Constitución establecía el control previo de los decretos; además el Tribunal conocía de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes, inmiscuyendo a la colectividad para que ejerza su derecho ante el órgano de control.<sup>79</sup>

Los efectos que provocaban las resoluciones de este Tribunal de Garantías Constitucionales eran suspensivos, ya que si una ley o precepto legal violaba la

---

<sup>79</sup> Cfr. Agustín Grijalva, *Control Constitucional en el Ecuador y Colombia*; ob.cit., pp. 07.

Constitución, el Tribunal debía suspenderlos hasta que el Congreso se pronuncie respecto a tales violaciones (art. 160º, numeral 2 y 4)<sup>80</sup>; teniendo al final de cuentas el legislador la última palabra respecto a la constitucionalidad de las normas; esto guardaba relación con el art. 165º de esta Constitución, según el cual: “(...) sólo al Congreso le corresponde declarar si una ley, decreto, reglamento, acuerdo, orden, disposición, pacto o tratado público es o no inconstitucional.”<sup>81</sup>

En 1967 se volvió a crear el Tribunal de Garantías Constitucionales, bajo el Título de “*otros organismos del Estado*”, sin embargo, se le quitó la facultad de suspender leyes constitucionales a comparación de la Constitución de 1945; facultad que pasó a ser de la Corte Suprema de Justicia; la décimo séptima Constitución otorgó a la Corte Suprema de Justicia el poder de declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Carta Fundamental, proponiendo un control concentrado de la constitucionalidad en manos de órganos especializados.<sup>82</sup>

En 1978, por mandato constitucional, se dicta por primera vez la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales; un año más tarde se expedirá la Constitución de 1979 que conserva el Tribunal de Garantías Constitucionales, integrándose aquel en abril de 1980<sup>83</sup>, tenía la facultad de ejercer el control constitucional dentro de cada juicio (control concreto), declarando su inaplicabilidad si fuere el caso, con lo cual este órgano jurisdiccional asume un rol de control concentrado y concreto respecto a la constitucionalidad de las normas. Y, por otro lado, la facultad de suspender leyes

---

<sup>80</sup> Hernán Salgado Pesantes, “El Control Constitucional en la Carta Política del Ecuador”, en *Una mirada a los Tribunales Constitucionales*, Serie de Lecturas Constitucionales N° 4, Comisión Andina de Juristas – Honrad– Adenauer– Stiftung, Lima, 1995, pp. 171.

<sup>81</sup> Hernán Salgado Pesantes “El Control Constitucional en la Carta Política del Ecuador”, en *Una mirada a los Tribunales Constitucionales*, ob.cit., pp. 171.

<sup>82</sup> Cfr. Hernán Salgado Pesantes, “El Control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador, ob.cit., pp. 172.

<sup>83</sup> Artículo 138º de la Constitución de 1979.- “Corresponde a la Corte Suprema de justicia suspender total o parcialmente, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte los efectos de las leyes, ordenanzas o decretos que fueren inconstitucionales, por la forma o por el fondo.

La corte somete su decisión a resolución de la Cámara Nacional de Representantes o, en receso de ésta, al Plenario de las Comisiones Legislativas.

(...).

Sin perjuicio de esta facultad, la Corte Suprema –en los casos particulares en los que avocare conocimiento– declarará inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Esta declaración no tiene fuerza obligatoria sino en las causas materia de su pronunciamiento, la Sala informará al pleno del Tribunal para los efectos determinados en el inciso anterior”.

inconstitucionales, se le había encargado exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia, que ejercía el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes.

En 1983 a través de una reforma del artículo 138° de la Constitución de 1979<sup>84</sup>, se otorga al Tribunal de Garantías Constitucionales la facultad de conocer casos de inaplicabilidad remitidos por la Corte Suprema de Justicia, adicionalmente estaba facultado para suspender los preceptos y someterlos a conocimiento del Congreso Nacional, para que este se pronuncie definitivamente.

En 1992 a través de una reforma del artículo 146° de la precitada Constitución, se facultaba a una Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia para que resolviera en última y definitiva instancia los informes sobre inaplicabilidad que presentaban otras Salas de la Corte u otros Tribunales de última instancia; cabe destacar que no existía aun configurado un control difuso de constitucionalidad, siendo este concreto restrictivo sólo para los jueces superiores.

En febrero de 1997 se creó el Tribunal Constitucional, denominación que se la mantuvo en la Constitución de 1998<sup>85</sup>, siendo aquel, el órgano de control constitucional abstracto por excelencia; puesto que en el Ecuador también existe un control difuso de constitucionalidad a cargo de todos los operadores judiciales ordinarios. Como evidenciamos en la Constitución de 1998, recién de manera expresa se establece el control difuso y concentrado de la Constitución, es decir, un control mixto o paralelo a través del cual se garantiza la Supremacía Constitucional.

---

<sup>84</sup> Artículo 138 (C. 1998).- En las causas en las que avocare conocimiento alguno de las salas de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Fiscal o del Tribunal de lo Contencioso Administrativo sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido, podrá declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Esta declaración no tiene fuerza obligatoria sino en las causas materia de su pronunciamiento. (...) el artículo 141 señala “Compete al Tribunal de Garantías Constitucionales: 4) Suspender, total o parcialmente, en cualquier tiempo de oficio o a petición de parte, los efectos de leyes, decretos, acuerdos, reglamentos, ordenanzas o resoluciones que fueren inconstitucionales por la forma o por el fondo. El Tribunal someterá su decisión a resolución del Congreso Nacional o en receso de éste al Plenario de las Comisiones Legislativas. Ni la resolución del Tribunal, ni la del Congreso Nacional, ni la del Pleno de las Comisiones Legislativas tendrán efecto retroactivo”.

<sup>85</sup> Artículo 274° (C.1998).- Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte un precepto jurídico contrario a las normas jurídicas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaratoria no tendrá fuerza obligatoria, sino en las causas en las que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio.

La precitada Constitución en su artículo 276°, establece las competencias del Tribunal Constitucional que consiste en declarar la inconstitucionalidad de leyes, ordenanzas y actos administrativos de toda autoridad pública; asimismo, tiene la atribución de conocer en alzada amparos constitucionales, habeas corpus, hábeas data, dirimir conflictos de competencia y dictaminar la conformidad de los Tratados y Convenios Internacionales con la Constitución de la República. Por otro lado, el ejercicio del control constitucional también se hace extensivo a los jueces ordinarios para que realicen un control concreto respecto de las causas puestas a su conocimiento, facultándoles el inaplicar preceptos contrarios a la Constitución, configurándose por primera vez un verdadero control difuso, cuyo efecto sería sólo *inter partes*.

La Constitución actual del Ecuador (2008) hace alusión a conceptos de control concreto y directo de la Constitución, con la finalidad de Garantizar el Principio de Supremacía Constitucional. El control concreto consiste en la valoración del juzgador que la hace en virtud de una realidad existente, es decir, el juez no está frente a abstracciones como es el caso de una ley, sino a realidades presentes en un caso puesto a conocimiento del juzgador; se podría decir que en la práctica, el control concreto es aquel que más se asemeja a la idea de control difuso de constitucionalidad. Y, el control directo, consiste en que *las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.*<sup>86</sup> (Subrayado nuestro).

El control concreto en un primer momento no siempre fue difuso, debido que el ejercicio de este control estuvo concentrado en los jueces y Tribunales de última instancia; sin embargo, con el devenir del tiempo, aquel control concreto fue expandiéndose hacia todos los operadores judiciales, permitiéndose de esa forma

---

<sup>86</sup> Art. 5 del Código Orgánico de la Función Judicial.- Respecto al “Principio de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional”.

configurar lo que se conoce como control difuso de constitucionalidad, asumiendo los jueces un verdadero rol de agentes de la armonía normativa con la Constitución.

Para algunos tratadistas como Giancarlo Rolla, este tipo de control concreto y difuso son la verdadera esencia del control de la constitucionalidad de una ley; asimismo, señala que “(...) este tipo de control se define incidental porque el juicio de constitucionalidad no se instaura automáticamente, sino que surge como un incidente en el curso de un procedimiento jurisdiccional que se realiza ante un juez común (...)”. Posteriormente el órgano técnico resuelve la duda del juez a quo consistente en que si determinadas normas derivadas de actos legislativos están enfrentadas con normas de carácter constitucional.<sup>87</sup>

Previo a lo esbozado, es necesario hacer un pequeño análisis normativo, teniendo en consideración el art. 428° de la Constitución, el Título IV de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el art. 4 y 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, respecto al control constitucional, porque esto nos conducirá a pensar que la Corte Constitucional, también, ejerce una especie de control difuso, que sería sólo a petición de parte, a su vez se fortalece el control concentrado. Y, por otro lado, del primer párrafo del art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, entendemos que las juezas y jueces de la función judicial, también aplican el control difuso al momento de resolver el caso concreto.

El art. 428<sup>88</sup> establece la consulta en la que incurren las juezas y jueces. Lo cual nos permitiría pensar, que ¿los jueces no tienen la potestad de aplicar el control difuso al momento de resolver un caso concreto?, toda vez que, antes de emitir pronunciamiento, si evidencian la inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso, lo elevan en consulta a la Corte Constitucional para su pronunciamiento, con lo cual, ¿no se estaría fortaleciendo,

---

<sup>87</sup> Giancarlo Rolla, *Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*, ob.cit., pp. 136.

<sup>88</sup> Artículo 428° de la Constitución de 2008.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica en contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los conocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.



más bien, el control concentrado?, en tanto, que es la Corte es el que, finalmente, evalúa sobre la constitucionalidad de la norma.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, hace alusión al control concreto de constitucionalidad, cuya *finalidad es garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales* (primer párrafo del art. 241), para lo cual “*las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, (...) (1º párrafo del art. 142, guarda concordancia con el 1º párrafo del art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial). Esto significaría que las normas inconstitucionales no son aplicables, y si no son aplicables, significa que estamos frente a un control difuso típico, que consiste en inaplicar normas inconstitucionales, función que les corresponden a los jueces.*

Sin embargo, “*cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional (...) (2º Párrafo del art. 142 guarda concordancia con el 2º párrafo del art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial). Del cual entendemos que los jueces al momento de evaluar la aplicabilidad de la norma constitucional, puede tener duda razonable y fundamentada que le hagan presumir que la norma aplicable al caso, posiblemente sea inconstitucional o constitucional, razón para elevarlo en consulta, al órgano especializado, quien se pronunciará con efectos *inter partes* y para casos análogos (art. 143 numeral 2).*

Entonces, cuando la Corte se pronuncia sobre la aplicabilidad de la norma constitucional, tiene efectos sólo *inter partes*; y, el control difuso se caracteriza porque sus efectos causan estado sólo entre las partes. Significa que la Corte Constitucional, también, ¿puede aplicar el control difuso?. Nosotros consideramos que sí, pero habría que evaluar la intención de los legisladores al establecer dicha redacción.

### 2.1.2. El control difuso en la Administración Tributaria

Para explicar esta cuestión, será necesario tomar elementos expuestos líneas arriba como es el caso del antecedente histórico; en tal sentido, somos de la idea que el control difuso tuvo sus orígenes en el Ecuador, en primer lugar en el ámbito administrativo, debido a que el art. 69 de la Constitución de 1930, establecía que *“todo funcionario prestará juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes, y de cumplir los deberes de su ministerio (...)”*, en la que obviamente están incluidos las autoridades administrativas. Sin embargo, con el correr del tiempo se fue afinando esta afirmación, encargándose el control difuso al poder judicial.

Sin embargo, diremos que en la actualidad el control difuso en la administración y específicamente en la tributaria, es bastante nuevo y controvertido, que no es aplicable en el Ecuador; debido a que de conformidad con el artículo 38<sup>89</sup> de la Ley de Modernización del Estado, no es necesario agotar la vía administrativa, para acudir al ámbito jurisdiccional a fin de reclamar un derecho o invalidar un acto administrativo que causa agravio al contribuyente o administrado. Sin embargo, creemos que a nivel de reclamaciones podría darse el caso; esto debido a que en su artículo 426° de la Constitución actual establece que tanto juezas y jueces, *así como las autoridades y funcionarios públicos deben aplicar directamente las normas constitucionales*, pudiendo por lo tanto, también inaplicarlas en caso de contradicción con la Constitución.

**Artículo 426° de la Constitución de 2008.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.  
Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. (Subrayado es nuestro)**

En consecuencia, consideramos que cuando el precitado artículo establece que las autoridades administrativas deberán aplicar normas constitucionales, creemos que ello podría significar que las normas inconstitucionales no se deben aplicar; es decir, estaríamos frente a una especie de control difuso. Sin embargo, el art. 428° hace alusión

---

<sup>89</sup> Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. (...). (...). No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. (...).

a la consulta en la que deben incurrir los jueces y juezas de la función judicial en caso de encontrar una norma incompatible con la Constitución; quienes deben remitir el caso a la Corte Constitucional para su pronunciamiento en el término de cuarenta y cinco días; pero en esa atribución, no incluye a las autoridades administrativas, pese que el art. 426, hace alusión a estos, quienes, en nuestra opinión, también deberían elevar en consulta respecto de una norma inconstitucional al momento de resolver las reclamaciones a fin de pronunciarse bajo el Principio de Supremacía Constitucional y respeto de los derechos fundamentales de los contribuyentes.

Por ello evidenciamos que existe una especie de contradicción entre el art. 426° y 428° de la Constitución de 2008 del Ecuador, respecto a la aplicación directa de la Constitución. El cual aún más se ratifica cuando el segundo párrafo del artículo 425° *señala que en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.* Es decir, estamos frente a una aplicación directa de la norma constitucional, del cual se puede colegir ¿que no es aplicable las normas inconstitucionales?; de ser así, ¿estaríamos frente a un control difuso, en la que se incluyen a las autoridades administrativas?. Tema difícil de resolver y bastante controvertido.

Por otro lado, tenemos el artículo 273° de la Constitución de 1998, en la que establece que “*Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de inaplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente*” **(subrayado es nuestro)**. Texto en la cual se incluye la potestad de ejercer el control difuso a las autoridades administrativas. Sin embargo, el artículo 274°, establece la facultad del juez o tribunal de inaplicar normas jurídicas que colisionen con la Constitución, cuyos efectos son *inter partes*, es decir esta norma nos da a entender que las autoridades administrativas no estarían en la posibilidad de aplicar el control difuso dado que no evidenciamos la permisión expresa.

## 2.2. EL CONTROL DIFUSO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

### 2.2.1. El control difuso en el desarrollo del constitucionalismo

En Colombia, la competencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de control de constitucionalidad se estableció por primera vez en la Constitución de 1886 en sus artículos 88<sup>90</sup>, 90<sup>91</sup> y 151<sup>92</sup>, ord. 4°, respecto de los actos legislativos en forma limitada y preventiva cuando hubiesen sido objetados por el gobierno. Sin embargo, un año después, la Ley 57 a través de su artículo 5° estableció que “*Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella*”. Es decir, contemplaba el control difuso de la constitucionalidad de las normas; el mismo que tuvo vigencia por poco tiempo debido a que la Ley 153 del mismo año a través del artículo 6<sup>93</sup>, eliminó toda posibilidad de que los jueces pudieran desaplicar leyes dictadas con posterioridad a la Constitución de 1886 que considerasen inconstitucionales en la resolución de los casos concretos.<sup>94</sup>

En el año de 1910 a través del acto legislativo N° 3<sup>95</sup>, se reforma la Constitución, con lo que el sistema colombiano de justicia constitucional adquirió plena consagración de carácter mixto al establecerse en los artículos 40° y 41°, la acción popular de

---

<sup>90</sup> Artículo 88 de C. de 1886.- El Presidente de la República sancionará, sin poder presentar nuevas objeciones, todo proyecto que, reconsiderado, fuere adoptado por dos tercios de los votos en una y otra Cámara.

<sup>91</sup> Artículo 90 de C. de 1886.- Exceptúase de lo dispuesto en el Artículo 88 el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En este caso, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema, para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto.

<sup>92</sup> Artículo 151 de C. de 1886.- Son atribuciones de la Corte Suprema:  
(...)

4. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales;

<sup>93</sup> Artículo 6 de la Ley 153 de 1887. Derogado por el Art. 40, Acto legislativo 3 de 1910. El texto original del artículo es el siguiente: Una disposición expresa de ley posterior á la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria á la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura ó deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe.

<sup>94</sup> Cfr. Allan Randolph, Brewer- Carias, “El Sistema Mixto o Integral de Control de Constitucionalidad en Colombia y Venezuela”, ob.cit., pp. 164 y 165.

<sup>95</sup> Art. 40° del Decreto Legislativo N° 3 de 1910 .- En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Art. 41°.- A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

inconstitucionalidad, en paralelo con el control difuso de la constitucionalidad de las leyes. Aquí se evidencian signos de un control mixto de constitucionalidad.

La reforma realizada a la Constitución en 1945 a través del acto legislativo N° 1, que en su artículo 41° atribuyó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de las demandas por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno que no tuvieran carácter o fuerza de Ley. La reforma de 1968 creó, dentro de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Constitucional, encargada de preparar los proyectos de sentencia en materia constitucional, cuya aprobación correspondía a la Sala Plena. Mientras que la Asamblea Constituyente de 1991 se encargó de decretar y promulgar una nueva Constitución, en la que se hicieron las innovaciones más significativas en jurisdicción constitucional, creándose, sin duda la Corte Constitucional y la consagración de la acción de tutela (amparo) para la protección de los derechos fundamentales.<sup>96</sup>

El artículo 4° de la Constitución de 1991 señala que “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”, es decir se abre la posibilidad de que cualquier juez pueda directamente inaplicar la ley que a su juicio considere incompatible con la Constitución, sin la necesidad de suscitar ningún incidente ante la Corte Constitucional, reforzándose de este modo las características del control difuso que están presentes en el sistema colombiano.<sup>97</sup>

**(...) La jurisdicción constitucional es presidida por la Corte Constitucional a la cual la Constitución le confiere la función de mantener la integridad y supremacía de la Constitución. Las atribuciones de este órgano, entre las que se destaca el control de la constitucionalidad de las leyes y de los decretos con fuerza de ley y de la revisión de las sentencias de tutela, no son compartidas con ningún otro. No obstante, el monopolio de la corte en asuntos constitucionales, sin duda acrecentado por la nueva Constitución, es relativo, pues, siguiendo la tradición colombiana del control difuso, el Consejo de Estado – máximo tribunal de lo contencioso administrativo– y todos los jueces de las distintas jurisdicciones, gozan de algunas competencias en esta materia.<sup>98</sup>**

---

<sup>96</sup> Cfr. Eduardo Cifuentes Muñoz, “La Jurisdicción Constitucional Colombiana” en *Una mirada a los Tribunales Constitucionales, las experiencias recientes. Serie de lecturas constitucionales andinas N° 04*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, pp. 144.

<sup>97</sup> *Ibídem*, pp. 147.

<sup>98</sup> *Ibídem*, pp. 147.

Si el control difuso de la constitucionalidad de las normas se trata de un deber de los jueces el aplicar la Constitución en un caso concreto y desaplicar, para su decisión, la ley que considere inconstitucional, debe señalarse que el otro aspecto de la racionalidad del método difuso, consiste en permitir a los jueces el considerar de oficio las cuestiones de constitucionalidad, a pesar de que ninguna de las partes en el proceso las haya invocado, es decir, estamos frente a un control difuso de oficio. Esta racionalidad es seguida por algunos países como Venezuela<sup>99</sup>, Ecuador (2º Párrafo del art. 142 que desarrollamos precedentemente), Perú (de oficio siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional), entre otros; sin embargo, debemos admitir, en general que las normas procesales de la mayoría de los países prohíbe a los tribunales considerar de oficio, al decidir un caso concreto, debiendo ser sólo a petición de parte.

Respecto al caso colombiano, todos los autores colombianos sin excepción, entienden que lo que se establece en el artículo 334º de la Constitución es una “excepción de inconstitucionalidad”, en el sentido de que en todo caso, la cuestión constitucional debe plantearse por una de las partes en el proceso mediante una excepción relativa a la aplicabilidad de una ley.<sup>100</sup> En todo caso, la racionalidad del método difuso de control de constitucionalidad es que sólo puede ser incidental, en un proceso concreto.

En cuanto al control concentrado de la Constitución, la misma que está a cargo de la Corte Constitucional que viene a ser parte del poder judicial, cuya función principal está consagrada en el artículo 241º (citado anteriormente) de la Constitución actual, en la que establece que: “*A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (...)*”, con poderes para anular por inconstitucionalidad los actos de reforma de la Constitución, por vicios de procedimiento; actos de convocatoria de referéndum; o de asambleas constituyentes referentes a una reforma de la

---

<sup>99</sup> Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley.

<sup>100</sup> Vidal Perdomo, citado por Allan Randolph, Brewer- Carias, “El Sistema Mixto o Integral de Control de Constitucionalidad en Colombia y Venezuela”, ob.cit., pp. 188.

Constitución, por vicios de procedimiento; los referéndum referentes a leyes, consultas populares y plebiscitos nacionales, sólo por vicios de procedimiento; leyes tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su elaboración; decretos que tengan fuerza de ley dictados por el gobierno, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su elaboración, decretos legislativos gubernamentales, tratados internacionales y leyes de ratificación de tratados. Los efectos de las sentencias pronunciadas por la Corte Constitucional colombiana son *erga omnes* declarándola inexecutable con efectos generales, produciendo efectos de cosa juzgada constitucional (art. 243<sup>o101</sup>), también está facultada para revisar las sentencias de tutela tramitadas ante los jueces ordinarios, actuando como tribunal de alzada.

Por otro lado, es necesario precisar que la acción de tutela (amparo), es interpuesta ante cualquier juez del país, a excepción de los jueces de la jurisdicción penal y militar, quienes conocen en primera instancia; siendo la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (quien a su vez conoce las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional) los que conocen esta acción de tutela en segunda instancia, cuyas sentencias son susceptibles de revisión por la Corte Constitucional.<sup>102</sup>

### **2.2.2. El control difuso en la Administración Tributaria**

Hablar del control difuso en la Administración tributaria de Colombia, consideramos que es sumamente compleja que ameritaría el desarrollo de toda una tesis. Sin embargo, a grandes rasgos evidenciaremos algunos aspectos.

Dentro del procedimiento administrativo tributario de Colombia identificamos dos vías: la vía administrativa, en la que se tramitan las peticiones ya sea de interés particular o general, como por ejemplo la devolución de impuestos pagados en exceso; y, la vía gubernativa en la que se tramitan los recursos ordinarios como la reposición, apelación y queja, y el recurso especial de reconsideración.

---

<sup>101</sup> Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

<sup>102</sup> Eduardo Cifuentes Muñoz, “La Jurisdicción Constitucional Colombiana”, ob.cit., pp. 147.

En tal sentido, la Administración tributaria denominada como la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales viene a ser la Unidad Administrativa Especial que recepciona, recauda, controla, determina y administra (por intermedio de bancos autorizados), los impuestos de renta y complementarios, de timbre nacional, del impuesto sobre las ventas, los derechos de aduana, y los demás impuestos del orden nacional cuya competencia no esté asignada a otras entidades del Estado, trátase de impuestos internos o al comercio exterior; así como la dirección y administración de la gestión aduanera, incluyendo la aprehensión, decomiso o declaración en abandono a favor de la Nación de mercancías y su administración y disposición<sup>103</sup>.

Del cual se entiende que la Administración tributaria conoce de la recaudación, fiscalización, liquidación, discusión, cobro, devolución y todo lo relacionado con el cumplimiento de las obligaciones tributarias y aduaneras. Es decir, cualquier petición de interés particular o general se tramita ante esta vía; y, lo resuelto por esta, es recurrible ante la vía gubernativa<sup>104</sup> a través de la interposición de los recursos ordinarios o especiales que le permite la ley contra la liquidación oficial o resoluciones, dentro del término y con las formalidades que exige la norma.

Lo esbozado nos conduce a identificar el procedimiento del contencioso tributario, que parte de una vía administrativa, entendemos esto dentro de la jerarquía organizacional de la Administración tributaria, la que a nuestra consideración difiere del Perú, en cuanto, la fase intermedia se realiza por un órgano administrativo independiente (Tribunal Fiscal) a la

---

<sup>103</sup> José H. Araque Cárdenas. “Introducción al procedimiento tributario” [http://www.araqueasociados.com/es/Introduccion\\_Procedimiento\\_Tributario.pdf](http://www.araqueasociados.com/es/Introduccion_Procedimiento_Tributario.pdf), visitado el 10/10/2010

<sup>104</sup> Art. 50 del Código Contencioso Administrativo. Recursos en la Vía Gubernativa. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque.
2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación. El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.

Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla.



cual se somete tanto la Administración tributaria como los contribuyentes, mientras que en el caso de Colombia, sólo hablaríamos de la Administración tributaria frente al contribuyente, que dentro de ella, éstos, pueden interponer los recursos a los que hicimos alusión de acuerdo a la jerarquía.

En ese sentido, nos aventuraríamos a señalar que dentro del procedimiento administrativo tributario, los funcionarios, servidores o ejecutivos, deberían aplicar el control difuso, en tanto, estén sometidos a la Constitución de conformidad a lo establecido por el 2º párrafo del art. 122º de la Constitución de 1991 en la que “*Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben*”.

Al respecto, Eduardo Cifuentes Muñoz señala: “*No obstante, el monopolio de la corte en asuntos constitucionales, sin duda acrecentado por la nueva Constitución, es relativo, pues, siguiendo la tradición colombiana del control difuso, el Consejo de Estado –máximo tribunal de lo contencioso administrativo– y todos los jueces de las distintas jurisdicciones, gozan de algunas competencias en esta materia*”.<sup>105</sup> (Subrayado nuestro). Cita del cual inferimos que de algún modo el autor está a favor del control difuso por los jueces de las distintas jurisdicciones, entendiéndose también dentro de ella a la jurisdicción administrativa, más si se tiene en consideración el tercer párrafo del art. 116º de la Constitución vigente que señala: “*excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. (...)*”.

Entonces si estamos frente a una jurisdicción administrativa, consideramos que dentro de ella sí cabría la posibilidad del control difuso, más cuando la propia Constitución en su art. 4º señala “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*” (subrayado es un agregado nuestro). Esta norma está sujeta a algunas interpretaciones de control difuso, en la que muy bien se puede incluir a determinadas autoridades administrativas, toda vez que el precitado artículo no es expreso en señalar que la inaplicabilidad de normas contrarias a la Constitución les

---

<sup>105</sup> Eduardo Cifuentes Muñoz, “La Jurisdicción Constitucional Colombiana”, ob.cit., pp. 147.

corresponde únicamente a los jueces o magistrados, cosa que si ocurre en el Perú, es decir, el art. 51 ° de la Constitución de 1993 es expreso en señalar que les corresponde a los jueces preferir la Constitución frente a otras normas inconstitucionales; pero ello no fue óbice para que el Tribunal Constitucional determinara que, también los Tribunales administrativos<sup>106</sup> están en la obligación de ejercer el control difuso.

En consecuencia de los precitados dispositivos normativos, nos aventuraríamos a concluir que dentro de la legislación colombiana está implícitamente regulado el control difuso por los Tribunales administrativos. Ahora, lo que no podemos demostrar es si efectivamente hubo casos en los que estos tribunales ya aplicaron esta medida constitucional. Materia de un análisis mucho más amplio e investigativo, que desde ya dejamos abierta la posibilidad.

## **2.3. EL CONTROL DIFUSO EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA**

### **2.3.1. El control difuso en el desarrollo del constitucionalismo**

Respecto al control constitucional, en el siglo XIX se tuvo el predominio del control político y ligeramente el control judicial, basado en el sistema difuso de constitucionalidad de las normas.

La primera Constitución de 1926 instituyó cuatro poderes, Electoral, Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El poder legislativo contaba con tres cámaras: de Tribunos, Senadores y de Sensores; correspondiéndole a la Cámara de Sensores (art. 51°) “*Velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las Leyes y los Tratados Públicos (...)*”. La Constitución de 1931, no establece nada respecto al control de la

---

<sup>106</sup> Art. 133° del Código Contencioso Administrativo. Competencia de los Tribunales Administrativos en segunda instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia:

1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.
2. De las apelaciones contra el mandamiento de pago, la sentencia de excepciones, el auto aprobatorio de liquidación de crédito y el auto que decreta nulidades procesales, que se interpongan en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan los funcionarios de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.
3. De los recursos de queja contra la providencia que niegue el recurso de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, en los asuntos de que trata el numeral anterior.

Constitucionalidad, limitándose a establecer que la Cámara de Senadores tiene la facultad de *“iniciar las leyes que repriman las infracciones de la Constitución hechas por los magistrados, jueces, empleados civiles, eclesiásticos y militares”*.

Hasta aquí, evidenciamos que Bolivia no establece mecanismos de control constitucional; sin embargo, el Decreto- Ley del 31 de diciembre de 1857, incorpora una atribución que perfilaba a la Corte Suprema como contralora de la constitucionalidad, cuando expresa que *“la Corte conocerá de las causas civiles de puro derecho, cualquiera que sea su cuantía, cuando su decisión dependa únicamente de la constitucionalidad de las leyes”*.<sup>107</sup>

La compilación de leyes procesales de 1878, en su artículo 51º, respecto al control de la constitucionalidad señala que es atribución de la Corte Suprema *“Conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones”*; Constitución de 1878 (atribución 2ª de la Corte Suprema)<sup>108</sup>, hace un añadido a la atribución de la Corte Suprema para conocer de los asuntos de puro derecho relativos a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes y el que se menciona no solamente a las leyes, sino también a los decretos y cualquier género de resoluciones. Por su parte la Constitución de 1938, respecto al control constitucional mantiene invariable el inciso de atribuciones de la Corte Suprema que establece la facultad de conocer en única instancia los asuntos de puro derecho que dependan de la constitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones.<sup>109</sup>

Ya en 1975 se va perfilando mejor el sistema de control constitucional cuando el Código de Procedimiento Civil, en su capítulo I del Título VII lleva como epígrafe *“proceso de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad”*, que dentro de sus 4 artículos

---

<sup>107</sup> Cfr. Jaime Urcullo Reyes, “El Control Constitucional en Bolivia”, ob.cit., pp. 41- 47.

<sup>108</sup> Artículo 111 de la Constitución de 1878.- Son atribuciones de la Corte Suprema, a más de las que señalan las leyes: Conocer de los recursos de nulidad conforme a las leyes y fallar al mismo tiempo sobre la cuestión principal; Conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones.

<sup>109</sup> Jaime Urcullo Reyes, “El Control Constitucional en Bolivia”, en *Una Mirada a los Tribunales Constitucionales.*, ob.cit., pp. 48- 51.

(754°- 757°)<sup>110</sup> desarrolla todo el procedimiento de inaplicabilidad de una norma que contravenga la Constitución; es decir, toda persona tiene el derecho de acudir a la Corte Suprema demandando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad en todo o en parte una ley; y, esta al amparar la demanda, no podrá anular, revocar o modificar la disposición, sino solamente declararla inaplicable en el caso concreto debatido.<sup>111</sup>

Como evidenciamos es el típico caso de la aplicación del control difuso, en la que los efectos de su aplicación son *inter partes*, no permitiéndoles a la Corte Suprema declararla inconstitucional, es decir estamos frente a la puridad del sistema difuso, en la que se inaplica una norma sólo a petición de parte.

El año de 1975 marcaría un hito importante con la aprobación del Código de Procedimiento Civil, toda vez que regulaba la atribución constitucional conferida a la Corte Suprema para controlar la constitucionalidad de las leyes, decretos y resoluciones, reglamentado en su título VII del libro IV (título referente a los procesos y recursos previstos por la Constitución) el llamado proceso de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad, al igual, que en el proceso de *hábeas corpus*, el de amparo constitucional, el recurso directo de nulidad, el recurso contra resoluciones del Poder Legislativo y el recurso contra impuestos ilegales.<sup>112</sup>

Esto significaba que la persona que se sentía agraviada por un dispositivo legal, podía demandar su inaplicabilidad y restablecer su derecho ante la Corte Suprema; esta se pronunciaba, previo dictamen del Fiscal General de la República. Si la sentencia emitida por esta, declaraba probada la demanda, no podía anular, revocar o modificar la

---

<sup>110</sup> Art. 754.- Toda persona que se creyere agraviada por los efectos de una ley, decreto o cualquier género de resolución, podrá ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia demandando se declare la inaplicabilidad de aquellas disposiciones por inconstitucionales y se restauren sus derechos. (...)

Art. 755.- La demanda será presentada con sujeción, en lo que correspondiere, al artículo 327 dirigiéndola contra la persona, natural o jurídica, que se ampare o pretendiere ampararse o aprovecharse de la ley, decreto o resolución tachados de inconstitucionales, o contra la autoridad que les hubiere dado cumplimiento o pretendiere ejecutarlos.

Art. 756.- El proceso será tramitado en la vía ordinaria de puro derecho, en la forma prevista por el art. 354, parágrafo II.

Art. 757.- I Con el dictamen del Fiscal General de la República, que será emitido dentro del plazo máximo de cuarenta días, se pronunciará sentencia en igual plazo.

II. La sentencia que declare probada la demanda no podrá anular, revocar o modificar la disposición tachada de inconstitucional y solo se concretará a declarar su inaplicabilidad al caso particular y concreto debatido.

<sup>111</sup> Jaime Urcullo Reyes, "El Control Constitucional en Bolivia", ob.cit., pp. 51- 52.

<sup>112</sup> Roberto Corrales, *La Justicia constitucional en Bolivia. Hacia el fortalecimiento del régimen democrático*, ediciones Abyayala, Corporación editora nacional, Quito, 2003, pp. 73

disposición tachada de inconstitucional, teniendo efectos sólo para el caso particular o debatido. Por otro lado, la Corte no ha emanado una jurisprudencia uniforme, relevándose en muchos fallos una gran capciosidad y unas interpretaciones caprichosas cuando no, simplemente arbitrarias, guiadas en buen número de casos por el efecto o desafecto político al poder de turno.<sup>113</sup>

En ese sentido, consideramos necesario citar un caso emblemático en la que se declaró inaplicable una ley; esto con la vigencia del Código de Procedimiento Civil a través del cual se reglamenta la Constitución de 1967<sup>114</sup>; es el caso de la Cervecería Taquiña S.A. de la ciudad de Cochabamba contra la Administración distrital de la renta en el año de 1989 y su sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 18 de abril de 1990. Resulta que la Ley Financial, en parte es la Ley del Presupuesto de 1989, contempló en su art. 13° una modificación al impuesto a los consumos específicos establecido por la Ley de Reforma Tributaria N° 843 de 1986, en lo relativo a la cerveza, elevando este impuesto del 35% al 45%; la empresa afectada consideró inconstitucional el art. 13° de la Ley Finacial, por cuanto una Ley de Presupuesto no debe crear, modificar ni suprimir impuestos, sino simplemente fijarlos. Alegó, que conforme al art. 26° de la Constitución<sup>115</sup>, ningún impuesto es obligatorio sino cuando ha sido establecido conforme a las prescripciones constitucionales; y, al modificarse la alícuota del impuesto a la cerveza, se ha incurrido en violación de la Constitución. La sentencia pronunciada por la Sala Plena de la Corte Suprema, con el dictamen favorable del Fiscal General y con la discrepancia de dos Ministros, declara probada la demanda e inaplicable al caso debatido el art. 13°<sup>116</sup> de la Ley Finacial Ley N° 1052.<sup>117</sup>

---

<sup>113</sup> Ibídem, pp. 73-74.

<sup>114</sup> Art.127°.- al enumerar las atribuciones de la Corte Suprema establecía conocer en única instancia de los asuntos de puro Derecho cuya decisión dependiera de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones.

<sup>115</sup> Art. 26 de la Constitución de 1967. Legitimidad de los impuestos. Ningún impuesto es obligatorio sino cuando ha sido establecido conforme a las prescripciones de la Constitución. Los perjudicados pueden interponer recursos ante la Corte Suprema de Justicia contra los impuestos ilegales. Los impuestos municipales son obligatorios cuando en su creación han sido observados los requisitos constitucionales.

<sup>116</sup> Artículo 13° de la Ley Finacial.- Modificase el Anexo del artículo 79 de la Ley 843 de 20 de mayo de 1986, en lo relativo al impuesto a la cerveza, elevando la alícuota al 45% (cuarenta y cinco por ciento). De igual manera se agrega a la nómina del mencionado anexo a los refrescos embotellados y fabricados a base de esencias artificiales con la tasa del 20% (veinte por ciento).

<sup>117</sup> Cfr. Jaime Urcullo Reyes, "El Control Constitucional en Bolivia", ob.cit., pp. 64- 65.

La Constitución de 1967 con reformas en 1994 es la que presenta una de las más notables innovaciones, al crear el Tribunal Constitucional, considerado como un órgano independiente de los demás órganos del Estado y sometido tan sólo a la Constitución, cuya atribución es la función del control de la constitucionalidad y de la interpretación judicial de la Constitución; así como el otorgamiento de la legitimación para recurrir en las acciones de carácter abstracto y remedial relativas a la inconstitucionalidad de las leyes y otras normas jurídicas al Presidente de la República, a un tercio de los Diputados o Senadores y al Fiscal General de la República; entre otras atribuciones.<sup>118</sup>

**Por su parte Fernández Segado sostiene que la inclusión del Tribunal Constitucional dentro del Poder Judicial ha de ser considerada como muy desafortunada. Es indudable que el Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional; su procedimiento, el estatuto de sus Magistrados y el valor de sus decisiones se hallan en la órbita de la jurisdicción, pero no es menos evidente que un Tribunal Constitucional no es un órgano que deba ser encuadrado en el común organización judicial, como viene a ser el art. 116º de la Constitución boliviana tras la Ley de Reforma de la misma. (...) a efectos administrativos y disciplinarios dependa del Consejo de la Judicatura, (...), dentro del cual se sitúa el Tribunal Constitucional que es presidido por el Presidente de la Corte Suprema.<sup>119</sup>**

Como evidenciamos, que cuando se creó el Tribunal Constitucional (TC), éste, era completamente independiente y estaba fuera del poder judicial, como si se tratara de otro poder que sólo se sometía a la Constitución; por lo que fue muy cuestionada y criticada por muchos constitucionalistas bolivianos como Edgar Oblitas; sin embargo, Jaime Urcullo consideraba que la creación del TC no quitaba a la Corte Suprema sus atribuciones básicas, sino tan sólo las funciones relativas al control de la Constitucionalidad. Por lo que finalmente fue reformada la Constitución en este extremo, incluyéndose al Tribunal Constitucional a formar parte del Poder Judicial, siendo independiente y sometida sólo a la Constitución. Es así que la Constitución de 1994<sup>120</sup> en su artículo 120º enumera las atribuciones del TC.

---

<sup>118</sup> Véase Francisco Fernández Segado, “La Jurisdicción Constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia”, en *Una Mirada a los Tribunales Constitucionales. Experiencias recientes, Serie de lecturas constitucionales andinas N° 04*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, pp. 78- 80.

<sup>119</sup> *Ibíd.*, pp. 87.

<sup>120</sup> Art. 120º de la Constitución de 1994. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1. Conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales.
4. Conocer de la constitucionalidad de los tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales. (...)

Respecto a los efectos de las sentencias pronunciadas por el TC, el art. 121<sup>o121</sup> de la precitada Constitución señala que contra ellas no cabe recurso ulterior alguno; tienen, pues el valor de cosa juzgada.<sup>122</sup> Sin embargo, los autos podrán ser objeto de una nueva instancia siempre que así lo estipule expresamente la Ley que reglamenta la organización y funcionamiento del Tribunal, a la que precisamente alude el último párrafo del art. 121<sup>o</sup> de la Constitución, asimismo, este artículo señala que la sentencia de inconstitucionalidad no afectará a sentencias anteriores que tengan la calidad de cosa juzgada, es decir, no tiene efecto retroactivo. En palabras de Roberto Corrales, la resolución dictada por el TC tiene efecto *erga omnes*, es decir, tiene un alcance general para todos.<sup>123</sup>

Finalmente, la Constitución de 2009, hace alusión a grandes innovaciones y trae a colación figuras jurídicas bastante novedosas; manteniéndose el Tribunal Constitucional Plurinacional, encargada de velar por la Supremacía de la Constitución, ejerce el control de la Constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales; y, respecto a su función de interpretación, aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto (art. 196<sup>o</sup>).

Respecto a las atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, el art. 202<sup>o</sup> de la precitada Constitución se encarga de enumerarlos; destacaremos lo que nos interesa, son atribuciones del Tribunal conocer y resolver, en única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la Presidenta o el Presidente de la República, Senadores (as), Diputados (as), Legisladores (as), y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas; también conocen en revisión, las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Acción Popular y de

---

<sup>121</sup> Artículo 121<sup>o</sup>.- Sentencia material del tribunal Constitucional.

I. Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno.  
II. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos. La sentencia que se refiera a un derecho subjetivo controvertido, se limitará a declarar su inaplicabilidad al caso concreto.

<sup>122</sup> Roberto Corrales, *La Justicia constitucional en Bolivia. Hacia el fortalecimiento del régimen democrático*, ediciones Abyayala, Corporación editora nacional, Quito, 2003, pp. 103

<sup>123</sup> *Ibíd*em, pp. 103.

Cumplimiento; el control previo de la constitucionalidad en la ratificación de los tratados internacionales; los conflictos de competencia y atribuciones entre órganos del poder público; entre otras atribuciones, que obviamente son muchos más en comparación a lo establecido por la Constitución de 1994.

Por otro lado, esta Constitución al igual que la del 1994 no precisa ni enfatiza sobre el control difuso, pero Roberto Corrales es de la posición que la Constitución de 1994 regulaba un control mixto de control constitucional. Sin embargo, no hace muchas precisiones al respecto.

Por su parte, la Constitución actual, respecto al control difuso no hace alusión alguna, limitándose a señalar en su artículo 179° III, *La Justicia Constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional*, dando a entender que este órgano está fuera del poder judicial, toda vez que el artículo 181°, señala que *el Tribunal Supremo de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (...)*; y el art. 179° señala que *la función judicial es única*. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades. Respecto a los efectos de la sentencia del Tribunal, el art. 204 ° de la Constitución, señala que *las decisiones del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno*.

El art. 109° de la Constitución actual, hace alusión a que todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección. Texto del cual se podría inferir, una aplicación directa de la Constitución de parte de todos los funcionarios, servidores y personas de nacionalidad boliviana. Toda vez que el art. 172° inciso 1) señala que son atribuciones del Presidente de la República cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes; del mismo modo el art. 235° inciso 1) señala que son obligaciones de los servidores y servidoras cumplir la Constitución y las leyes. Lo mismo ocurre con los jueces y magistrados que están por demás decirlo.



De los precitados artículos de la Constitución actual de Bolivia, evidenciamos que actualmente tienen un sistema de control político fortalecido y jurisdiccional concentrado en el Tribunal Constitucional Plurinacional, dejándose de lado el difuso; incluso los jueces y magistrados luego de resolver las acciones de Amparo, de Libertad, Cumplimiento, Acción Popular y Acción de Protección de Privacidad, deben elevar de oficio en consulta al Tribunal Constitucional Plurinacional, para que se pronuncie respecto a su procedencia, luego de hacer una evaluación constitucional. Decimos que queda fortalecido el control político, porque el art. 196° señala que para interpretar la Constitución de debe tener en cuenta la voluntad del Constituyente; entonces ¿dónde quedaría la autonomía e independencia del Tribunal Constitucional Plurinacional?; y ¿cómo saber que la voluntad del Constituyente es Constitucional? Cuestionamientos que nos planteamos y esperamos que con el tiempo se resuelva y defina claramente.

### **2.3.2. El control difuso en la Administración Tributaria**

Para hablar del control difuso en el procedimiento del contencioso tributario en Bolivia, creemos que es bastante complejo, toda vez que esta institución necesita de un análisis minucioso y profundo. Sin embargo, nos aventuramos a resaltar algunas particularidades.

Tenemos a la Administración Tributaria encargada de la aplicación de los tributos, y se pronuncia a través de actos administrativos, los cuales pueden ser impugnados. Al respecto existe una particularidad en Bolivia, en la que los contribuyentes tienen la facultad de impugnar las resoluciones denegatorias de la Administración a través de dos vías: la administrativa y la judicial. La primera, mediante el recurso de Alzada<sup>124</sup> y Jerárquico<sup>125</sup>, conocidas por las Superintendencias Tributarias y la segunda, mediante el

---

<sup>124</sup> Art. 143° del Código Tributario (C.T). Recurso de Alzada. El Recurso de Alzada será admisible sólo contra los siguientes actos definitivos:

1. Las resoluciones determinativas.
2. Las resoluciones sancionatorias.
3. Las resoluciones que denieguen solicitudes de exención, compensación, repetición o devolución de impuestos.
4. Las resoluciones que exijan restitución de lo indebidamente devuelto en los casos de devoluciones impositivas.
5. Los actos que declaren la responsabilidad de terceras personas en el pago de obligaciones tributarias en defecto o en lugar del sujeto pasivo.

Este Recurso deberá interponerse dentro del plazo perentorio de veinte (20) días improrrogables, computables a partir de la notificación con el acto a ser impugnado.

<sup>125</sup> Art. 144° del C.T. (Recurso Jerárquico). Quién considere que la resolución que resuelve el Recurso de Alzada lesione sus derechos, podrá interponer de manera fundamentada, Recurso Jerárquico ante el

proceso del contencioso tributario, conocida y tramitada por los juzgados del Partido en materia administrativa, coactiva, fiscal y tributaria (instituciones dependientes del poder judicial). Es decir, en Bolivia no evidenciamos el reclamo o petición ante la Administración Tributaria.

De los cuales, lo que nos interesa analizar es la vía administrativa, dejando de lado la judicial, es decir el contencioso tributario, toda vez que esta se circunscribe a las normas establecidas para todo proceso en la vía judicial, en la que los jueces tendrían la facultad de aplicar el control difuso en los casos concretos, esto dependiendo de su legislación, que ya analizamos líneas arriba.

De lo esbozado entendemos que en Bolivia la vía administrativa se sustancia en la Superintendencia Tributaria<sup>126</sup>, el mismo que está compuesto por un Superintendente General con sede en La Paz y 4 Superintendencias Regionales<sup>127</sup>. Esta última tiene por objeto resolver en alzada, lo que para nosotros vendría a ser las reclamaciones, ante la misma administración; y el Superintendente Tributario General<sup>128</sup>, tiene por objeto resolver los conflictos tributarios a través del Jerárquico, haciendo un símil, estaríamos frente al recurso de apelación, que la tramitamos ante el Tribunal Fiscal.

---

Superintendente Tributario Regional que resolvió el Recurso de Alzada, dentro del plazo de veinte (20) días improrrogables, computables a partir de la notificación con la respectiva Resolución. El Recurso Jerárquico será sustanciado por el Superintendente Tributario General conforme dispone el Artículo 139° inciso b) de este Código.

<sup>126</sup> Art. 132° del C.T. (Creación, Objeto, Competencias y Naturaleza). Créase la Superintendencia Tributaria como parte del Poder Ejecutivo, bajo la tuición del Ministerio de Hacienda como órgano autárquico de derecho público, con autonomía de gestión administrativa, funcional, técnica y financiera, con jurisdicción y competencia en todo el territorio nacional.

La Superintendencia Tributaria tiene como objeto, conocer y resolver los recursos de alzada y jerárquico que se interpongan contra los actos definitivos de la Administración Tributaria.

<sup>127</sup> Art. 140° del C. T. (Atribuciones y Funciones de los Superintendentes Tributarios Regionales). Los Superintendentes Tributarios Regionales tienen las siguientes atribuciones y funciones:

- a) Conocer y resolver, de manera fundamentada, los Recursos de Alzada contra los actos de la Administración Tributaria, de acuerdo al presente Código;
- b) Admitir o rechazar los Recursos Jerárquicos contra las resoluciones que resuelvan los Recursos de Alzada y remitir a conocimiento del Superintendente Tributario General; entre otras.

<sup>128</sup> Art. 134° del C.T. (Composición de la Superintendencia Tributaria). La Superintendencia Tributaria está compuesta por un Superintendente Tributario General con sede en la ciudad de La Paz y cuatro (4) Superintendentes Tributarios Regionales con sede en las capitales de los Departamentos de Chuquisaca, La Paz, Santa Cruz y Cochabamba.

Una vez ubicados, haremos un breve análisis del control difuso en esta vía. Para lo cual citaremos el art. 5º<sup>129</sup> del Código Tributario que regula la jerarquía normativa, teniendo a la Constitución como fuente primordial del ordenamiento jurídico. A su vez, el art. 7º<sup>130</sup>, regula respecto al principio de legalidad, al cual está sujeto la administración tributaria y la Superintendencia Tributaria. Asimismo, tenemos el numeral 1º del art. 235º de la Constitución de 2009 que establece, “*son obligaciones de las servidoras y servidores públicos 1. Cumplir la Constitución y las leyes*”.

De los textos normativos citados, notamos un importante apego al principio de legalidad; y, de la revisión del texto constitucional actual, no encontramos una figura parecida al control difuso, evidenciándose únicamente en el art. 109º de la Constitución que “*Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de igualdad de garantías para su protección*”. Del cual no podemos inferir la inaplicabilidad de normas inconstitucionales, toda vez que la Constitución es expresa en señalar la aplicación directa de derechos y no de leyes. En consecuencia, consideramos que la legislación boliviana no previó claramente la figura del control difuso en el ámbito jurisdiccional y menos podrá serlo en la vía administrativa, rigiéndose esta última única y exclusivamente bajo los principios de jerarquía normativa y legalidad.

---

<sup>129</sup> Art. 5º C.T. (Fuente, Prelación Normativa y Derecho Supletorio).

I. Con carácter limitativo, son fuente del Derecho Tributario con la siguiente prelación normativa:

1. La Constitución Política del Estado.
2. Los Convenios y Tratados Internacionales aprobados por el Poder Legislativo.
3. El presente Código Tributario.
4. Las Leyes
5. Los Decretos Supremos.
6. Resoluciones Supremas.
7. Las demás disposiciones de carácter general dictadas por los órganos administrativos facultados al efecto con las limitaciones y requisitos de formulación establecidos en este Código.

II. También constituyen fuente del Derecho Tributario las Ordenanzas Municipales de tasas y patentes, aprobadas por el Honorable Senado Nacional, en el ámbito de su jurisdicción y competencia.

<sup>130</sup> Art. 7º del C.T. Principio de legalidad o Reserva de Ley. I. Sólo la Ley puede:

1. Crear, modificar y suprimir tributos, definir el hecho generador de la obligación tributaria; fijar la base imponible y alícuota o el límite máximo y mínimo de la misma; y designar al sujeto pasivo.
2. Excluir hechos económicos gravables del objeto de un tributo.
3. Otorgar y suprimir exenciones, reducciones o beneficios.
4. Condonar total o parcialmente el pago de tributos, intereses y sanciones.
5. Establecer los procedimientos jurisdiccionales.
6. Tipificar los ilícitos tributarios y establecer las respectivas sanciones.
7. Establecer privilegios y preferencias para el cobro de las obligaciones tributarias.
8. Establecer regímenes suspensivos en materia aduanera.

II. Las tasas o patentes municipales, se crearán, modificarán, exencionarán, condonarán y suprimirán mediante Ordenanza Municipal aprobada por el Honorable Senado Nacional.

## 2.4. EL CONTROL DIFUSO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

### 2.4.1. El control difuso en el desarrollo de las Constituciones

El control difuso de la constitucionalidad en el Perú fue incorporándose en las diferentes Cartas Políticas, así como en sus reformas; proyectándose como un sistema que ha pretendido en cierto modo limitar el poder de otras funciones del Estado; sin que hasta la fecha haya logrado configurar aquella tarea, evidenciándose casi siempre una enorme injerencia política, lo cual en cierta medida ha deslegitimado su importancia como juez imparcial de la constitucionalidad de las normas.

En tal sentido haremos una revisión histórica. El control difuso de la Constitución es de reciente data, pese que el habeas corpus se remonta al año de 1897, toda vez que ninguna de las Constituciones del siglo XIX, ni las de 1920 ó 1933 recogieron esta institución, a pesar de la fuerte influencia norteamericana; ni siquiera se consignaron normas que recogieran la Supremacía Constitucional, con la sola excepción de la Efímera carta de 1856, cuyo artículo 10º establecía “*es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución*”; sin embargo tampoco con ello, se buscaba instaurar el control judicial de la constitucionalidad de las leyes mediante el sistema de inaplicación en el caso concreto, pero sin derogarla; garantizando que esta decisión necesariamente llegue en revisión y confirmación a la Corte Suprema . Propuesta que fue descartada por la Carta de 1933.<sup>131</sup>

Posteriormente, el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 establecía el control judicial por inaplicación de normas inconstitucionales, en el sentido que “*Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere a la primera*”, sin embargo, pese al rechazo de la revisión judicial por la Constitución de 1933, estableció en su artículo 133º<sup>132</sup> la Acción Popular, como remedio judicial para impugnar los reglamentos, decretos y resoluciones de carácter general

---

<sup>131</sup> Cfr. Francisco J. Eguiguren P., “Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú”, en *Memorias VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador Florentino Donato Giannotti*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 1241- 1242.

<sup>132</sup> Artículo 133º de la Constitución de 1933, “Hay Acción Popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente”.

dictados por el Poder Ejecutivo que contravenga la Constitución o la Ley. Pero, de poco sirvieron dichos preceptos, para que se desarrollara en el país un efectivo control judicial de la constitucionalidad de las leyes y de la sujeción de las normas dictadas por el Poder Ejecutivo a la Constitución y al principio de legalidad.<sup>133</sup>

Recién en 1963, a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial que en su artículo 7º<sup>134</sup>, se incluyó disposiciones destinadas a dar alguna operatividad ante el Poder Judicial y en vía ordinaria, a los artículos 133º de la Carta de 1933 y artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936. Sin embargo, no tuvo la acogida y aplicabilidad debida, toda vez que la experiencia concreta se encargó de demostrar lo insuficiente que ello resultaba, deviniendo en un referente mayormente formal, incapaz de propiciar un cambio sustancial de actitud de los tribunales en defensa de la Constitucionalidad y de los derechos fundamentales. No en vano durante el proceso constituyente, que elaboró la Carta de 1979, criticó severamente la pasividad del Poder Judicial y la Corte Suprema.<sup>135</sup>

Recién la Constitución de 1979 que entró en vigencia el 28 de julio de 1980, efectuó una transformación sustancial al instituir un sistema de jurisdicción constitucional, en la que se amplió y perfeccionó las Garantías Constitucionales, sumadas al *habeas corpus*, acción de amparo, popular y de inconstitucionalidad; para lo cual creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, encargada de conocer a petición de parte, la acción de inconstitucionalidad de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que por el fondo o por la forma contravengan la Constitución y sólo en casación las resoluciones desestimatorias de la Corte Suprema de la acción *habeas corpus* y amparo (art. 298 C. de 1979). Ya que el Poder judicial conocía de éstas acciones, sumadas a ellas, la acción popular y el control difuso a cargo de todos los jueces, sin que la decisión final de la Corte Suprema pasara a conocimiento

---

<sup>133</sup> Cfr. Francisco J. Eguiguren P., “Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú”, ob.cit., pp. 1244- 1245.

<sup>134</sup> Artículo 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial 1963.- La acción que concede al artículo 133º de la Constitución se ejercitará ante el Poder Judicial y se sustanciará por la vía ordinaria, como proceso de puro derecho, con intervención del Procurador General de la República en representación de Estado.

Artículo 8º de la precitada Ley Orgánica.- Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, preferirán la primera.

(...)

Los Jueces y Tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes.

<sup>135</sup> Cfr. Francisco J. Eguiguren P. “Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú”, ob.cit., p. 1246- 1247.

del Tribunal de Garantías Constitucionales, ni estableciera contacto alguno, ni vínculo con éste.<sup>136</sup>

El Tribunal de Garantías Constitucionales (órgano constitucional del Estado, autónomo e igual como los demás poderes clásicos) se encontraba fuera de la esfera del poder judicial; esto quiere decir que la jurisdicción constitucional se ejercía de forma paralela por dos entes distintos, que nada tenían que ver entre sí, salvo la eventual coincidencia en aquellas garantías constitucionales que no fuesen acogidas por el Poder Judicial, y que pasaban, entonces en casación al Tribunal de Garantías Constitucionales.

Es importante resaltar la composición del Tribunal de Garantías Constitucionales, para darnos cuenta el grado de independencia de este órgano; estuvo integrado por nueve magistrados, tres designados por el Poder Ejecutivo, tres por el Legislativo y tres por la Corte Suprema. Entonces, cabe la pregunta ¿realmente se trataba de un órgano independiente?, consideramos que no, toda vez que seis de sus integrantes eran elegidos por órganos políticos, como es el Ejecutivo y Legislativo en la que predominaba los intereses del gobierno de turno (subrayado nuestro); cuyas atribuciones o facultades eran las de control de la constitucionalidad de las leyes dictadas por el Congreso o de los decretos legislativos del Gobierno, y de las resoluciones judiciales denegatorias de *hábeas corpus* y amparo.<sup>137</sup>

La Constitución de 1993, producto del proceso constituyente promovido por el gobierno de facto ante las presiones nacionales e internacionales generadas tras el autogolpe de Estado, regula en su Título V respecto a las Garantías Constitucionales que son ampliadas a comparación de la Constitución de 1979, en la que al *hábeas corpus*, amparo, acción popular y de inconstitucionalidad, se le suman las nuevas acciones de *hábeas data* y de cumplimiento.<sup>138</sup>

Es decir, la Constitución actual crea el Tribunal Constitucional (TC), que no es otra cosa que el mismo Tribunal de Garantías Constitucionales establecida en la

---

<sup>136</sup> Ibídem, pp. 1247 -1249.

<sup>137</sup> Cfr. Francisco J. Eguiguren P. "Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú", ob.cit., pp. 1250- 1253.

<sup>138</sup> Ibídem, pp. 1258- 1260.

Constitución de 1979, pero con facultades mucho más amplias; encargada como siempre, de velar por la constitucionalidad de las normas (artículo 201º, citado anteriormente), es decir conocer en única instancia los procesos de inconstitucionalidad y conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones judiciales denegatorias de los procesos de *hábeas corpus*, amparo, *hábeas data* y cumplimiento, evitándose la molestia del reenvío a la Corte Suprema, a ello se le sumó la facultad de conocer los conflictos de competencia.

En el citado art. 138º de la Constitución actual, se institucionaliza el control difuso, encargándose a todos los jueces inaplicar preceptos normativos que contravengan la Constitución, es decir, este sistema consiste en que cualquier tribunal puede declarar la inaplicabilidad de un precepto legal o de inferior jerarquía, que sea contrario a la Constitución, en el caso particular del cual conoce<sup>139</sup>. El control difuso es una facultad constitucional concedida a los órganos revestidos de potestad jurisdiccional (poder judicial a través de los jueces ordinarios) para revisar la constitucionalidad de las normas haciendo prevalecer la Constitución sobre las normas de menor jerarquía, inaplicando en el caso concreto la norma considerada inconstitucional.<sup>140</sup>

Hasta aquí, algunas precisiones históricas y doctrinarias respecto al control constitucional. Sin embargo, consideramos necesario citar algunos casos concretos de control difuso que tuvieron resonancia a nivel nacional e internacional, que nos permitirán identificar sus límites.

Tenemos el caso de Barrios Altos, en la que una juez inaplicó el artículo 1º<sup>141</sup> de la ley 26479 a través del cual se concedía amnistía a todos los miembros de las Fuerzas Armadas, Policías y civiles involucrados en la violación de los Derechos Humanos cometidos a pretexto del combate antisubversivo. Esta juez penal, consideró que el

---

<sup>139</sup> Lautaro Ríos Álvarez, “El Control difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile”, ob.cit., en *Ius et Praxis: Derecho en la Región. Reformas Constitucionales*, René Valdivieso Guzmán, et. al., Ed. Universidad de Talca, Talca, 2002, pp. 389.

<sup>140</sup> Cfr. Domingo García Belaúnde, “La Jurisdicción Constitucional en el Perú”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dickinson, Madrid, 1997, ob.cit., pp. 831.

<sup>141</sup> Artículo 1º de la Ley 26479 .- Concédase amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley.

precitado dispositivo legal era inconstitucional, toda vez que afectaba el derecho a la tutela judicial efectiva de los familiares de las víctimas, quienes demandan que se investigue, procese y sancione a los responsables de los crímenes durante esa dura etapa represiva del Estado; por lo que inaplicó este precepto aduciendo que esto motivaría a la impunidad de los presuntos responsables en la comisión de aquellos delitos. Sin embargo, por la adopción de esta medida, fue duramente criticada e investigada por el Ministerio Público, bajo el ilícito penal de prevaricato.<sup>142</sup>

Pese que la Constitución Política en su artículo 138° permite el control difuso, facultando a todos los jueces inaplicar disposiciones contrarias a la Constitución, que en la práctica prevalecieron los intereses políticos; posteriormente el Congreso de la República aprobó la Ley 26492 a través del cual se interpretó la Ley de Amnistía, en el sentido que no es revisable en sede judicial, siendo aquello ratificado por la Corte Superior de Lima, declarando nula la decisión de la jueza y considerando que es de plena aplicación el artículo 1° de la Ley de Amnistía, según la Corte al ser expedido por el parlamento que es órgano competente para emitir e interpretar las leyes.<sup>143</sup>

Del caso, podemos destacar dos aspectos muy importantes; la primera, que la precitada juez Antonia Saquicuray fue duramente criticada y sancionada, por inaplicar una norma aprobada por el gobierno de turno (Alberto Fujimori período 1990- 2000) al considerarla inconstitucional, es decir, sólo por ser racional y coherente con sus principios y sobrepasar el límite de entorpecer los intereses del poder de turno al querer dejar en impunidad a los violadores de Derechos Humanos (personal Militar, Policial o Civil) cometidas entre mayo de 1980 y junio de 1995, pese que esta Ley de Amnistía y su interpretación por Congreso la Ley 26.492<sup>144</sup> (aclara, amplia y obliga que se aplique el

---

<sup>142</sup> Cfr. Samuel Abad Yupanqui, “La Jurisdicción constitucional en el Perú: Antecedentes, balance y perspectivas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Samuel Abad Yupanqui, et. al., 1ra. Edición Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1996, pp. 138- 139.

<sup>143</sup> Samuel Abad Yupanqui, “La Jurisdicción constitucional en la Carta Política de 1993”, ob.cit., pp. 219.

<sup>144</sup> Los defensores nacionales e internacionales de los derechos humanos, así como los organismos intergubernamentales, han condenado sin paliativos ambas leyes de amnistía. Las organizaciones peruanas independientes de defensa de los derechos humanos han comenzado una campaña por todo el territorio nacional en favor de un referéndum sobre las leyes de amnistía. Además de ello, 20 diputados del Congreso del Perú han redactado un proyecto de ley para derogar la Ley 26.479 (salvo los artículos 2 y 3) y la Ley 26.492 y lo han sometido a la consideración del Congreso. El proyecto de ley propone también la creación de una Comisión Nacional de la Verdad, a la que se encomendaría la investigación de «graves casos de violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario cometidos o producidos



art. 1º de la Ley de Amnistía), han sido enérgicamente rechazados porque ambas leyes tienen por objeto proteger a los culpables de miles de casos no resueltos de violaciones de derechos humanos.

Y, el segundo, es que la juez no debió aplicar de oficio el control difuso sin previa consulta del Tribunal Constitucional, toda vez que se trataba de un caso bastante delicado, complicado y muy controvertido; debió tener en consideración que se trataba del juzgamiento de ilícitos penales y la norma en cuestión era muy beneficioso para los procesados de ese entonces, es decir considerar el principio de la ley más favorable al reo; además, el texto constitucional respecto al control difuso no es expreso en señalar de que se puedan aplicar de oficio, considerándose que esta institución jurídica es invocada por las partes, tal como se ha desarrollado en la doctrina y sólo en determinados casos de oficio, como señalamos en caso de Ecuador (Constitución de 1998), Colombia, Venezuela, entre otros, dado que en el Perú no se establece de manera expresa.

Esto nos lleva a pensar que, mientras se interponga el poder de turno con sus propios intereses en la Administración de Justicia, ni el Poder Judicial ni el TC, tendrán independencia para resolver y valorar un caso debidamente y si a esto, le sumamos que muchos de nuestros magistrados son designados por autoridades políticas, los límites del control constitucional acrecentarán; además, si al momento de resolver un caso concreto identificamos que existe una duda razonable entre dos derechos o principios en conflicto al aplicarse la ley al caso, consideramos que no se debe aplicar el control difuso, pudiendo darse la posibilidad de elevarse en consulta al TC, como ocurre en el caso de Ecuador por ejemplo.

Otro caso que merece comentario es la interpretación del art. 112º de la Constitución actual sobre la doble reelección del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori (1990- 2000), recaída en el Exp. 002-96-I/TC<sup>145</sup> del TC, en la que éste aplica el control

---

durante las acciones subversivas o contra-subversivas a partir del 18 de mayo de 1980 y de las circunstancias que las rodearon». El 23 de febrero de 1996, el Congreso aún no había debatido el proyecto de ley.

<sup>145</sup> Demanda de inconstitucionalidad, interpuesta por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, representado por su Decano, Doctor Vladimir Paz de la Barra, contra la Ley N° 26657, denominada "interpretación auténtica" del artículo 112º de la Constitución Política del Estado.

difuso, debido a la abstención de cuatro de sus siete miembros, quienes sin imaginar que sería demandada el caso, adelantaron opinión, dos a favor y dos en contra.

Sucede que mediante la Ley 26657, se trata de interpretar el artículo 112° de la Constitución a través de la cual se permitiría la reelección del Presidente de la República por un período consecutivo; el Congreso de la República de aquel entonces, que hace la interpretación auténtica del precitado artículo señala que la Constitución actual rige a partir del 1993, por ende su primer mandato presidencial con esta Constitución sería de 1995 al 2000 y, como ésta permite la reelección, significa que el Presidente de la República podía volver a postular en el año 2000, debido a que su primer mandato (1990-1995) lo hizo con la Constitución de 1979.

Interpretación amañada que sale de toda lógica jurídica, debido a que la Constitución de 1979 no establecía la reelección, pero si la Constitución de 1993 a través de su art. 112°, razón para que el prenombrado ex presidente pudiera haber postulado legítimamente a la reelección presidencial de 1995, habiendo gobernado por el espacio de 10 años (de 1990 al 2000, es decir dos períodos consecutivos) y, ya no volver a postular en el año 2000 por tercera vez.

Sin embargo, la Ley interpretativa producto de un manejo político del gobierno de turno de aquel entonces, contraviene evidentemente la Constitución, debiendo ser

---

La Ley N° 26657, pretende realizar una interpretación "auténtica" del artículo 112° de la Constitución Política del Estado, precisando que la reelección "está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional", (...); sin embargo, es necesario precisar que, por definición, una ley interpretativa es aquella que busca aclarar el sentido de una norma anterior, no desde que la disposición interpretativa es aprobada, -como afirma el señor representante del Congreso-, sino desde que el precepto interpretado entró en vigencia.

Hay que precisar, por ello, que la norma impugnada no aclara, ni modifica, ni toca el texto supuestamente interpretado del artículo 112° de la Constitución, sino que pretende dar a dicho numeral una especialísima y harto sui-generis vigencia temporal. Sin cuestionar la potestad legislativa de interpretación que el Parlamento no Constituyente posee y ejercita al dictar leyes de desarrollo constitucional, es jurídicamente inaceptable que, utilizando este sistema, se pretenda alterar, con carácter retroactivo, reñido con el artículo 103° de la Constitución, y en beneficio de una situación concreta, no sólo el sentido de lo expresado en el artículo 112° de la actual Constitución, sino el de la necesaria relación existente entre este artículo de la Carta Magna con el artículo 205° de la Constitución de 1979, cuyos efectos no pueden ser ignorados por el Tribunal al momento de resolver.

De la simple comparación de los artículos 112° de la Constitución vigente y 205° de la anterior, se desprende que:

- a) La Constitución anterior prohibía la reelección presidencial inmediata;
- b) La Constitución actual la permite, por una sola vez, debiendo transcurrir un período para que el Presidente reelecto pueda postular nuevamente; y
- c) La actual Constitución reguló y rigió la función presidencial del Jefe de Estado durante su primer período, desde el 31 de diciembre de 1993 hasta julio de 1995, y también regula y rige la función presidencial del segundo período, iniciado el 28 de julio de 1995.

declarada inconstitucional y no fue declarada, por la abstención (por haber adelantado opinión) de cuatro de sus siete miembros del TC, es decir, por no alcanzar el quórum (voto conforme de 5 de sus 7 miembros) requerido para declarar su inconstitucionalidad; por lo que, los otros tres miembros del Tribunal, se pronunciaron aplicando el control difuso<sup>146</sup>, en la que no debe ser aplicable una norma inconstitucional, por tratarse de un caso concreto y por ende no se permitiría la reelección por segunda vez del ex Presidente de la República, Alberto Fujimori, es decir, se prohíbe un tercer mandato consecutivo.

Fallo que generó polémica respecto a la procedencia del control difuso por el TC en una acción de inconstitucionalidad, así como ocasionó, una violenta reacción de la mayoría parlamentaria oficialista, que dio inicio a una acusación constitucional (antejuicio político) contra los magistrados Manuel Aguirre Roca, Delia Revoredo y Guillermo Rey, aduciendo que habían violado la Constitución al fallar por la inaplicación de la ley (control difuso) cuando lo que correspondía era –ante la existencia de sólo tres votos conformes– declarar infundada la acción de inconstitucionalidad. Es así, que logran la acusación constitucional y destitución del cargo de los tres magistrados, y consecuentemente al no haber quórum, el presidente también renuncia, quedando, sólo tres magistrados en el cargo.<sup>147</sup>

Ahora la gran interrogante ¿el TC está facultado para aplicar el control difuso y si lo resuelto por estos tres magistrados fue correcto o no?. Al respecto consideramos que sí es posible el control difuso por el TC, toda vez que a través de tal mecanismo de control constitucional se busca garantizar los derechos fundamentales y la plena vigencia de la Constitución, más si la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal

---

<sup>146</sup> (...). Hemos decidido aplicar el "control difuso" -derecho y obligación, constitucionalmente reconocidos a todos los jueces- y no el "control concentrado" -derecho y deber exclusivos del Tribunal Constitucional- porque, en el Pleno Jurisdiccional, durante el debate de la causa, no se logró alcanzar el número de votos señalados en el artículo 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la aplicación del "control concentrado", y no se consiguió el respaldo mayoritario para aplicarlo.

(...) este Tribunal, en cumplimiento del artículo 138º de la Carta Política, y con arreglo al artículo 4º de su Ley Orgánica que lo faculta a resolver y adoptar acuerdos por mayoría simple de votos, salvo casos especiales, concordante con las Disposiciones Generales Primera y Segunda del mismo cuerpo legal, se ve obligado a declarar, en aplicación de las imperativas reglas del "control difuso" que todo órgano jurisdiccional se encuentra en el inexcusable deber de emplear en el ejercicio de sus funciones, INAPLICABLE la norma impugnada en la demanda; y, en consecuencia; FALLA: Declarando INAPLICABLE, por unanimidad de los votos emitidos, con las abstenciones indicadas, y en ejercicio de sus atribuciones de control difuso, la ley interpretativa N° 26657, para el caso concreto de una nueva postulación a la Presidencia de la República, en el año 2000, del actual Jefe de Estado.

<sup>147</sup> Cfr. Francisco J. Eguiguren P. "Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú", ob.cit., p. 1267- 1269.

Constitucional señala que: “*Los jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional*”. Y, en situaciones como este caso, lo mejor que se hizo fue inaplicar la norma inconstitucional y sentar precedente en ese sentido.

De esta postura al igual que nosotros son los magistrados que aplicaron el control difuso como Manuel Aguirre Roca, Delia Revoredo y Guillermo Rey, así como los tratadistas Julio Cesar Serna, Miranda<sup>148</sup>, Christian Fernando Tantaleán Odar<sup>149</sup> entre otros, quienes afirman que el control difuso les corresponde a todos aquellos órganos constitucionales que ejercen jurisdicción, con la finalidad de garantizar la vigencia de la Constitución y la salvaguarda de los derechos fundamentales.

#### **2.4.2. El control difuso en la Administración Tributaria**

Sobre este punto, regresaremos en el capítulo III, en la que explicaremos con mayor profundidad respecto a este punto; sin embargo, haremos algunas precisiones de manera muy resumida con la finalidad de evidenciar la diferencia que existe frente a los demás países.

En el Perú sucede algo muy particular, en la que el control difuso se hizo extensivo a los Tribunales administrativos y dentro de ellas tenemos al Tribunal Fiscal que actualmente viene aplicando el control difuso a mérito de la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC (**Ver texto completo en Anexo N° 01**), del TC, a través de la cual se sentó precedente vinculante para que todos estos órganos administran justicia administrativa de carácter nacional puedan inaplicar normas inconstitucionales, es decir el control difuso.

En consecuencia surge la gran interrogante, ¿es aplicable la aplicación del control difuso por tribunales administrativos?; cuestionamiento que también lo desarrollaremos más adelante; sin embargo, cabe algunas precisiones en la que muchos tratadistas están a favor y otros en contra. Durante el desarrollo histórico y doctrinario que reseñamos, nos

---

<sup>148</sup> Julio César Serna Miranda “El control difuso como método de control constitucional”, <http://www.monografias.com/trabajos76/control-difuso-metodo-control-constitucional/>, visitado el 12/10/2010.

<sup>149</sup> Christian Fernando Tantaleán Odar, <http://www.derechocambiosocial.com/revista004/control.htm>, visitado el 10 de octubre de 2010.

dimos cuenta que los tratadistas citados hacen alusión que el control difuso es ejercido por todos los jueces de función judicial en sus diferentes jerarquías. Sin embargo, Gabino Fraga citado por Gudiño Pelayo<sup>150</sup>, y Spisso<sup>151</sup> son de la idea que tratándose de tribunales administrativos, como el jurado especial y el Tribunal Fiscal de la Nación, a quienes se les reconoce verdaderas funciones judiciales, ejercerán el control de la constitucionalidad de las normas porque resulta antijurídico que los llamados jueces administrativos tengan que prescindir de la Constitución. Además el administrado tiene el derecho que al someter una controversia a la decisión de un tribunal, sea este administrativo o judicial, se resuelva con sujeción a las prescripciones constitucionales, en aplicación del principio de Supremacía de la Constitución. Son de esta misma postura muchos de nuestros tratadistas nacionales, al igual que el TC.

Seguidamente haremos un análisis ligero al respecto, teniendo en consideración el art. 51° y 138° de la Constitución vigente y el art. 102° del Código Tributario

**Artículo 138° de la Constitución vigente.- La potestad de Administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.**

**En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior.**

**Artículo 51° de la Constitución.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.**

De la cita textual podemos evidenciar, que la Constitución actual es expresa en señalar que corresponde a los jueces preferir la Constitución frente a las normas inconstitucionales, y a las leyes, frente a otras normas de inferior jerarquía que contravengan la misma, en que, en ningún caso hace alusión a los Tribunales Administrativos para que puedan aplicar el control difuso. Sin embargo, a través de la sentencia EXP. N.º 3741-2004-AA/TC<sup>152</sup> el TC se pronuncia en el sentido que todos los

---

<sup>150</sup> José de Jesús Gudiño Pelayo, op.cit., p. 713.

<sup>151</sup> Cfr. Rodolfo R. Spisso. *Acciones y Recursos en Materia Tributaria*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 31-34.

<sup>152</sup> Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

Tribunales y órganos colegiados administrativos también deben inaplicar normas inconstitucionales.

Por otro lado tenemos la cita textual del artículo 102° del Código Tributario que establece la jerarquía normativa: *“Al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía. En dicho caso, la resolución deberá ser emitida con carácter de jurisprudencia de observancia obligatoria, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 154°”*. Que de cierto modo nos evidencia una figura del control difuso; pero el cuestionamiento surge en el sentido que, el Código Tributario tiene el rango de una Ley y la Constitución está por encima de esta, en la que textualmente no establece que el control difuso sea extensivo para los Tribunales Administrativos.

### **CAPÍTULO III**

## **SISTEMA DEL CONTENCIOSO TRIBUTARIO Y EL CONTROL DIFUSO COMO POTESTAD DEL TRIBUNAL FISCAL DEL PERÚ**

### **3.1. EL SISTEMA Y PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO EN EL PERÚ**

#### **3.1.1. Sistema Tributario Nacional**

El Sistema Tributario en el Perú comprende la imposición tributaria y su aplicación, es decir se distinguen por su creación y administración, en cuanto, los tributos de carácter nacional son aprobados por el Congreso de la República mediante leyes, la imposición local, regulados por ordenanzas y los tributos con otros fines, como el caso de las contribuciones, reguladas por leyes especiales. Todo este sistema de normas se encuentra regulado en la Ley Marco del Sistema Tributario Nacional, aprobada por el Decreto Legislativo N° 771 el 31 de diciembre de 1993, la misma que comprende al Código Tributario y las normas tributarias para el gobierno central, local y otros fines.

El Código Tributario es un cuerpo normativo que se inspiró en el MCTAL, al igual que los códigos tributarios de muchos países latinos. Este cuerpo normativo desarrolla los principios e institutos jurídico- tributarios, los elementos y conceptos esenciales y comunes de las relaciones derivadas de los tributos y normas tributarias; las reglas básicas sobre los procedimientos administrativo- tributarios que permiten hacer efectivos los derechos (facultades de la Administración tributaria y derechos de los contribuyentes) y obligaciones (de los contribuyentes y deberes formales) que se generen o den contenido a aquellas relaciones; y además contiene la tipificación de las infracciones y el régimen de sanciones para reprimirlas.

La imposición para el gobierno central, los gobiernos locales y los tributos con otros fines se encuentran regulados por normas especiales. Por ello, la necesidad de sistematizarlos, con la finalidad de conocer y comprenderlos mejor.

**DERECHO  
TRIBUTARIO**

**Parte  
General**

- 1. Derecho Constitucional Tributario:**  
Beneficios tributarios de entidades educativas Art. 19° Const.  
Potestades y principios tributarios. Art. 74° Const.  
Congreso y tributos Art. 79° Const.  
Bienes y rentas de las Municipalidades. Art. 193° Cont.
- 2. Código Tributario: D.S. N° 135-99-EF: Texto Único del Código Tributario, modificado por Leyes N°s. 27256, 27335, 27393, 27787, 27788, 28365 y 28647; D.Legs. N°s. 930, 941 y 953.**  
Título Preliminar  
**Libro Primero:** La obligación tributaria  
**Libro Segundo:** La Adm. Tributaria y los administrados  
**Libro Tercero:** Procedimientos Tributarios.  
**Libro Cuarto:** Infracciones, sanciones y delitos.
- 3. Ley Penal Tributaria: D. Leg. N° 813 y 815, modificado por la Ley N° 27038: D.S. N° 037-2002-JUS.**

**Parte Especial  
(Sistema  
Tributario)**

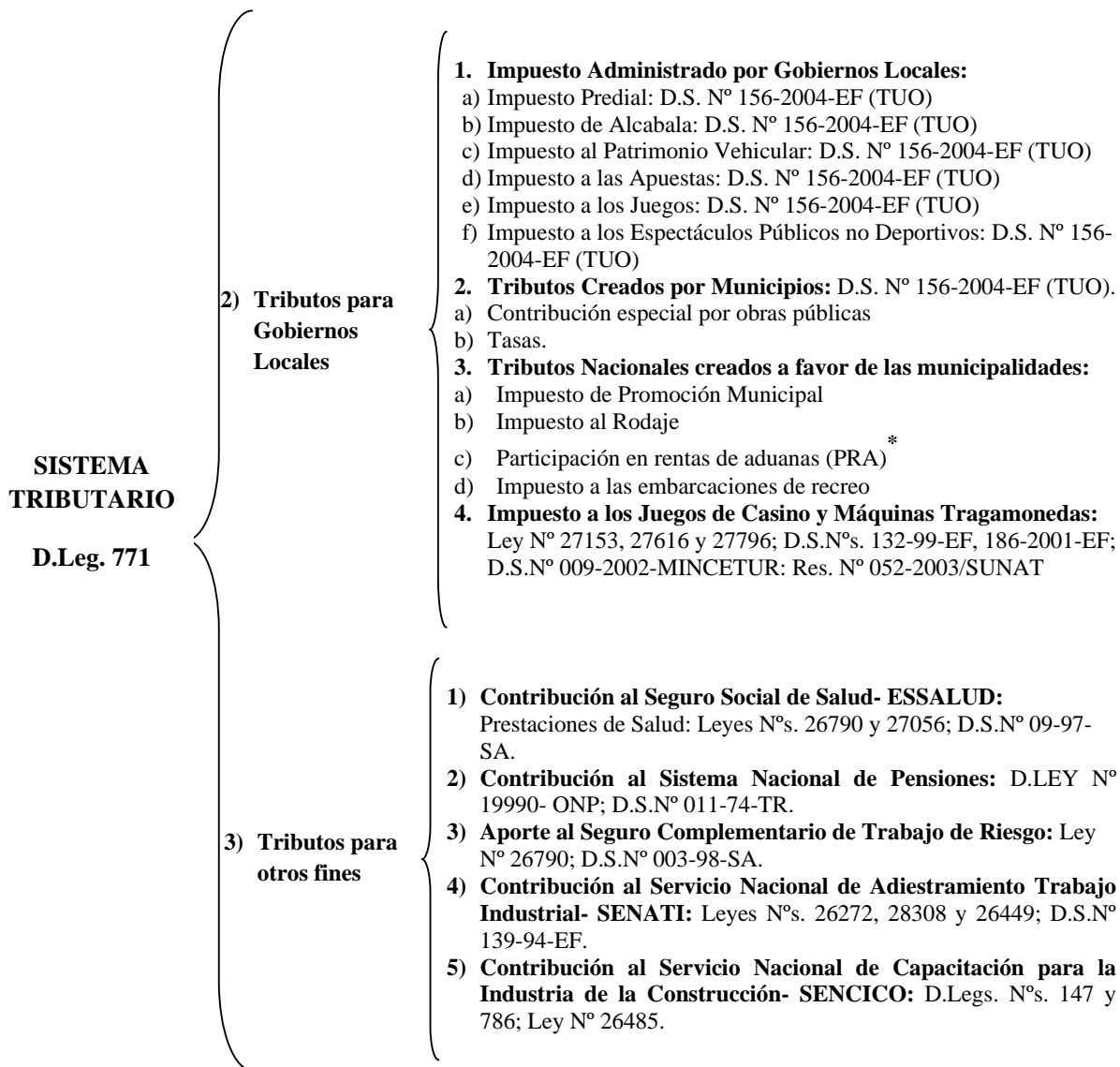
Tributos para Gobierno Central  
Tributos para Gobiernos Locales  
Tributos para otros fines

**SISTEMA  
TRIBUTARIO  
D.Leg. 771**

**1) Tributos para  
Gobierno  
Central**

- a) Impuesto a la Renta: D.S. N° 179-2004-EF: Texto Único Ordenado: Leyes N°s. 28442, 28634 y 28655; D.S. N°s. 122-94-EF, 135-96-EF, 194-99-EF, 045-2001-EF, 145-2001-EF, 205-2001-EF, 103-2002-EF, 105-2002-EF, 112-2002-EF, 010-2003-EF, 017-2003-EF, 018-2004-EF, 063-2004-EF, 086-2004-EF, 134-2004-EF, 191-2004-EF, 151-2005-EF, 189-2005-EF y 190-2005-EF.**
- b) Impuesto Temporal a los Activos Netos: Ley N° 28424; D.S. N° 025-2005-EF.**
- c) Impuesto General a las Ventas: D.S. N° 055-99-EF: Texto Único Ordenado, modificado por: Leyes N°s. 27384, 27450, 27614, 27625, 27799, 27800, 27877, 27896, 27897, 28033, 28053, 28057, 28086, 28144, 28145, 28426, 28446, 28462, 28575, 28578, 28605, 28656 y 28658; D. Legs. N°s. 911, 919, 935, 942, 944 y 950; D.S. N°s. 029-94-EF, 136-96-EF, 025-97-EF, 075-99-EF, 029-2000-EF, 064-2000-EF, 064-2001-EF, 069-2002-EF, 103-2002-EF, 151-2003-EF, 128-2004-EF, 043-2005-EF, 086-2005-EF, 095-2005-EF, 128-2005-EF, 130-2005-EF, 152-2005-EF, 154-2005-EF y 186-2005-EF.**
- d) Impuesto Selectivo al Consumo: D.S. N° 055-99-EF: Texto Único Ordenado; Leyes N°s. 27153, 27216, 27614 y 27616. D. Legs. N°s. 911, 919 y 944; D.S. N°s. 029-94-EF, 095-96-EF, 136-96-EF, 025-97-EF, 101-2002-EF, 112-2002-EF, 113-2003-EF, 025-2004-EF, 081-2005-EF, 093-2005-EF, 115-2005-EF y 194-2005-EF; D.S. N°s. 007-2003-MINCETUR.**
- e) Impuesto de Arroz Pilado: Leyes N°s. 28211 y 28309; D.S. N° 137-2004-EF.**
- f) Derechos Arancelarios**
- g) Tasas por la Prestación de Servicios Públicos**
- h) Nuevo Régimen Único Simplificado: D. Leg. N° 937; Leyes N°s. 28205 y 28659; D.S. N° 097- 2004-EF.**
- i) Impuesto Extraordinario para la Promoción y Desarrollo Turístico Nacional: Ley N° 27889, D.S. N° 007-2003-MINCETUR, Res. N° 151-2003/SUNAT.**
- j) Impuesto a las Transacciones Financieras: Ley N° 28194; D.S. N°s. 190-2003-EF, 030-2004-EF, 047-2004-EF y 147-2004-EF; Res. N°s. 041- 2004/SUNAT, 082-2004/SUNAT y 092- 2004/SUNAT.**





### 3.1.2. El Sistema del Contencioso Tributario Nacional

El contencioso tributario en el Perú se rige por el título III del Libro III del Código Tributario, la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley 27444<sup>153</sup>, Ley del Proceso Contencioso Administrativo Ley 25584 y supletoriamente el Código Procesal Civil.

---

\* Una vez que las empresas pagan el impuesto a las importaciones de bienes, también llamado "arancel aduanero" (100), resulta que el 2% de dicho monto constituye un ingreso que se distribuye entre la Municipalidad Provincial en cuyo territorio se encuentra el local de Aduanas que recaudó dicho tributo y los Municipios distritales que se encuentran dentro del territorio de la Municipalidad Provincial. Entonces la PRA es un sistema de participación de ciertos Gobiernos Locales en la recaudación de un impuesto. Este sistema no es un impuesto en sí.

<sup>153</sup> Promulgado en el Diario Oficial El Peruano, el 10 de abril del 2001

En ese sentido diremos que el procedimiento contencioso tributario se inicia dentro de la misma vía administrativa, es decir con los procesos de reclamación que procede contra la resolución de determinación, la orden de pago, la resolución de multa, la resolución ficta sobre recursos no contenciosos, la resolución de sanción de comiso de bienes, internamiento temporal vehículos y cierre temporal de establecimiento, contra los actos de relación directa con la determinación de la deuda tributaria.

La reclamación se interpone ante la autoridad que emitió el acto materia de la reclamación, en la que en caso de reclamarse dentro de los primeros 20 días de notificada una Resolución de Determinación, entonces no es necesario el pago previo del monto de la deuda que se impugna; pero si se reclama una Orden de Pago<sup>154</sup>, la regla general es que primero se pague la deuda para que luego se pueda admitir a trámite el reclamo. Sólo si se trata de una Orden de Pago manifiestamente improcedente que se reclama dentro de los primeros 20 días de notificada, entonces no es necesario el pago previo de la deuda para que se admita a trámite dicho recurso. Si se trata de reclamación contra la resolución ficta denegatoria de devolución, podrá interponerse la reclamación, vencido el plazo de 45 días hábiles; y cuando las resoluciones de determinación y multa se reclamen vencido el término de los 20 días hábiles, deberá acreditarse el pago total de la deuda tributaria que se reclama.

Una vez resuelta la reclamación por la Administración, el contribuyente puede recurrir en apelación al Tribunal Fiscal que es el órgano del Ministerio de Economía y Finanzas, especializado en materia tributaria, que tiene la función de resolver en segunda instancia las impugnaciones contra las determinaciones, sanciones y cobranzas tributarias efectuadas por los órganos encargados de gestionar los tributos, tales como la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y las municipalidades, respecto de los cuales goza de autonomía. Así mismo, resuelve las quejas que contra los actos de las referidas entidades presentan las personas, cuando consideran que se ha

---

<sup>154</sup> Artículo 136° del Código Tributario.- Requisito del pago previo para interponer reclamaciones. Tratándose de Resoluciones de Determinación y de Multa, para interponer reclamación no es requisito el pago previo de la deuda tributaria por la parte que constituye motivo de la reclamación; pero para que ésta sea aceptada, el reclamante deberá acreditar que ha abonado la parte de la deuda no reclamada actualizada hasta la fecha en que realice el pago. Para interponer reclamación contra la Orden de Pago es requisito acreditar el pago previo de la totalidad de la deuda tributaria actualizada hasta la fecha en que realice el pago, (...).

trasgredido algún procedimiento o, en general, infringido sus derechos.

Su actuación, se enmarca dentro de las pautas establecidas por la Constitución Política de 1993, y en particular está regulada por el Código Tributario cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF, dentro del cual se precisan las funciones y atribuciones de este tribunal<sup>155</sup> y, en forma supletoria, por la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444<sup>156</sup>.

El Tribunal Fiscal es un organismo dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas<sup>157</sup>, con autonomía en sus decisiones, que no forma parte de los entes recaudadores de tributos y opera más bien como una instancia intermedia a la acción contencioso-administrativa ante el Poder Judicial.

---

<sup>155</sup> El artículo 101° del Código Tributario, en cuanto al funcionamiento y atribuciones del Tribunal Fiscal señala lo siguiente:

“Las Salas del Tribunal se reunirán con la periodicidad que se establezca por Acuerdo de Sala Plena. Para su funcionamiento se requiere la concurrencia de los tres (3) vocales y para adoptar resoluciones, dos (2) votos conformes.

Son atribuciones del Tribunal Fiscal:

1. Conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las Resoluciones de la Administración que resuelven reclamaciones interpuestas contra Órdenes de Pago, Resoluciones de Determinación, Resoluciones de Multa (...); así como contra las Resoluciones que resuelven solicitudes no contenciosas vinculadas a la determinación de la obligación tributaria, y las correspondientes a ESSALUD y a la ONP.
2. Conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las Resoluciones que expida la Superintendencia Nacional de Aduanas- ADUANAS y las Intendencias de las Aduanas de la República, sobre los derechos aduaneros, clasificaciones arancelarias y sanciones previstas en la Ley General de Aduanas, su reglamento y normas conexas y los pertinentes al Código Tributario.
3. Conocer y resolver en última instancia administrativa, las apelaciones respecto de la sanción de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las sanciones que sustituyan a ésta última de acuerdo a lo establecido en el Artículo 183°, según lo dispuesto en las normas sobre la materia.
4. Resolver las cuestiones de competencia que se susciten en materia tributaria.
5. Resolver los recursos de queja que presenten los deudores tributarios, (...).
6. Uniformar la jurisprudencia en las materias de su competencia.
7. Proponer al Ministro de Economía y Finanzas las normas que juzgue necesarias para suplir las deficiencias en la legislación tributaria y aduanera.
8. (...).

<sup>156</sup> El artículo II de la Ley N° 27444 dispone que:

1. La presente Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades.
2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto (...).

<sup>157</sup> Actualmente, el Tribunal Fiscal que tiene competencia nacional, cuenta con 11 salas, integradas cada una de ellas por tres (3) vocales. Las salas están especializadas por materias: Tributos aduaneros (1 sala), municipales (2 salas), de procedimientos sumarios y de tributos internos (8 salas).

Debe destacarse que, si bien el Tribunal Fiscal forma parte del Poder Ejecutivo y por tanto es un órgano administrativo y no judicial, tiene asignado un importante rol que se refleja en los siguientes ámbitos<sup>158</sup>:

- a) En la recaudación tributaria del Estado, ya que actuando con autonomía funcional, decide, a pedido de los contribuyentes, si las exigencias de pago efectuadas por los órganos encargados de recaudar los tributos son legales. Aún cuando sus fallos son susceptibles de ser cuestionados en el Poder Judicial<sup>159</sup>, son ejecutables inmediatamente, lo que significa que las administraciones tributarias pueden proceder a la cobranza de la deuda, una vez que el Tribunal ha emitido su fallo.
- b) En la seguridad jurídica, pues sus fallos interpretan la legislación sentando jurisprudencia de observancia obligatoria para las Administraciones.
- c) En la protección de los derechos y libertades de los administrados, en tanto que decidirá si las actuaciones de las Administraciones Tributarias han observado los parámetros que al respecto ofrece la legislación sobre la materia.

Una vez agotada la vía administrativa mediante la Resolución del Tribunal Fiscal, se puede acudir a la vía jurisdiccional, la misma que se rige por la Ley 27587 y su modificatoria Ley 29364 del 27 de mayo de 2009 en las que se establece que son competentes para conocer el proceso contencioso administrativo el Juez Especializado y la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, en primer y segundo grado, respectivamente. En los lugares donde no exista juez o Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, es competente el Juez en lo Civil o el Juez Mixto (Juez que conoce todo tipo de causa, es decir, casos civiles, penales, laborales, administrativos y constitucionales) en su caso, o la Sala Civil correspondiente.

Se tramita ante la vía jurisdiccional la demanda contencioso- administrativa, previo agotamiento de la vía administrativa. El cual se conduce bajo lo dispuesto por la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. El plazo para la interposición de la

---

<sup>158</sup> Es interesante anotar que aún cuando los fallos del Tribunal Fiscal son recurribles ante el Poder Judicial, el número de demandas contenciosas que se plantean ante el Poder Judicial es poco significativo, entre otras razones porque se reconoce la calidad de sus resoluciones y su condición de ente especializado en materia tributaria.

<sup>159</sup> Las resoluciones administrativas que causen estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contenciosa-administrativa. (art. 148° de la Constitución).

demanda es de tres meses de expedida la resolución mediante la cual se agota la vía administrativa. Una vez admitida la demanda se corre traslado a la parte demandada para que la conteste o plantee excepciones, término en el cual la demanda puede ser modificada o ampliada, poniéndose en conocimiento de la parte demandada para que pueda contestar o allanarse en el término de tres días. El juez hace el requerimiento a la Administración o al Tribunal Fiscal, el expediente administrativo en el término de 15 días hábiles bajo apremio.

Cabe precisar que la Administración Tributaria no puede ser actor del proceso judicial. De modo excepcional, la Administración Tributaria podrá impugnar la resolución del Tribunal Fiscal que agota la vía administrativa mediante el Proceso Contencioso Administrativo en los casos en que la resolución del Tribunal Fiscal incurra en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10<sup>160</sup> de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444.

Una vez contestada la demanda se produce el saneamiento procesal, para luego programarse fecha de la audiencia de pruebas, sólo en el caso que lo amerite; a partir de la audiencia de pruebas el fiscal tiene quince días para que emita su dictamen y luego pasar a la vista de la causa (momento en el cual los abogados presentan sus alegatos y solicitan sus informes orales). Finalmente se emite la sentencia correspondiente, que es materia de apelación ante la inconformidad de cualquiera de las partes.

La apelación de la sentencia emitida por el juez civil es apelable ante el Superior Jerárquico que es la Sala Civil de las Cortes Superiores que están ubicados en todos los distritos judiciales del país, del cual se emite una resolución mediante la cual se confirma la apelada o se revoca, explicando los motivos y declarando nulo la sentencia del *a quo* e insubsistente el dictamen fiscal. De confirmarse la apelada se puede interponer el Recurso

---

<sup>160</sup> Artículo 10 de la Ley 27444.- Causales de nulidad. Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, (...).
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, (...).
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, (...).

Extraordinario de Casación<sup>161</sup> ante la Corte de Justicia, cuya sede se encuentra en la capital; en el cual se aprecia básicamente la violación al debido proceso o por inaplicación errónea de norma. Resolución con el cual se pone fin al proceso contencioso administrativa y frente a ello ya no procede otro recurso.

### **3.2. ¿CONTROL DIFUSO, POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, ESPECÍFICAMENTE DEL TRIBUNAL FISCAL?**

#### **3.2.1. Generalidades**

Como ya dijimos el control difuso es una expresión del control normativo en la que se lleva a cabo la inaplicabilidad de las leyes o normas con rango de ley inconstitucional por jueces del Poder Judicial, y por esa inaplicabilidad no se expulsa la norma legal del ordenamiento jurídico, sino, sólo se deja de lado para evitar la vulneración de la Constitución en el caso concreto. Sin embargo, toca preguntarnos si esta potestad de inaplicar leyes y normas con rango de ley por parte del Poder Judicial ¿puede ser extensiva a la Administración Pública?.

En ese sentido, Claudia del Pozo<sup>162</sup> señala que *de no aceptar la posibilidad de inaplicación, se podría llegar a afirmar que en sede administrativa no sería exigible el cumplimiento de las garantías que sí operan en el marco de un proceso ordinario, por no constituir dicha sede una jurisdicción*; sin embargo, en la doctrina se ha discutido respecto a la jurisdicción administrativa y jurisdicción cuasijurisdiccional, situándose dentro de esta última, los tribunales administrativos como el Tribunal Fiscal, Tribunal de Competencia, en el Indecopi, Tribunal de Consucode, los órganos colegiados de los Organismos Reguladores y Supervisores de Servicios Públicos (Osiptel, Osinerg, Sunass, Ositran) y al Tribunal Registral.

---

<sup>161</sup> Alberto, Hinostroza Minguez; *Medios Impugnatorios en el Proceso Civil*, editorial Palestra, Lima, p. 183. El recurso de casación es aquel medio impugnatorio vertical y extraordinario procedente en supuestos estrictamente determinados por ley y dirigido a lograr que el máximo tribunal (Corte Suprema de Justicia) revise y reforme o anule las resoluciones expedidas en revisión por las Cortes Superiores (que pongan fin al proceso) o las sentencias de primera instancias, en la casación por salto, que infringen las normas de derecho material, por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”.

<sup>162</sup> Claudia del Pozo, *Control Difuso y Procedimiento Administrativo*, Palestra Editores, Lima, 2005, p.136- 137.

Si el ordenamiento jurídico contemporáneo encomienda a la Administración el ejercicio de una función cuasijurisdiccional, esto es, de solucionar y prevenir una serie de conflictos intersubjetivos, o de imponer sanciones, a través de una decisión vinculante que impone a las partes o administrados en el marco de un procedimiento administrativo, resulta, entonces que se debe aplicar la Carta Constitucional en su calidad de norma fundamental y suprema del ordenamiento jurídico, más si es esta que la prescribe de tal manera. En tanto que el mismo ordenamiento jurídico le ha otorgado a la Administración una función cuasijurisdiccional, es decir, implícitamente la propia Constitución le ha otorgado también poderes y deberes necesarios para que el ejercicio de esa función sea válida; lo cual significa que de presentarse en el marco del procedimiento administrativo un conflicto entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, entonces la Administración debe aplicar el artículo 51° de la Constitución y preferir la Constitución frente a las demás normas.<sup>163</sup>

Podríamos afirmar, entonces, que el único elemento diferenciador de una cuasijurisdicción administrativa frente a la propia jurisdicción, es el de la cosa juzgada de sus decisiones, toda vez que las resoluciones que ponen fin a la instancia administrativa, sólo causan estado y son recurribles ante la vía judicial a través del proceso contencioso administrativo. Por ejemplo las resoluciones del Tribunal Fiscal que agotan la vía administrativa, pueden ser impugnadas en la vía jurisdiccional mediante una demanda contenciosa. Por lo que corresponde hacerse el cuestionamiento de si éste órgano que resuelve en última instancia administrativa en materia tributaria y aduanera tiene la potestad del control difuso, inaplicando leyes y normas con rango de Ley que contravengan manifiestamente la Constitución sin tener que declararla inconstitucional.

De responderse positivamente este cuestionamiento, será materia de análisis los principios constitucionales de legalidad y supremacía constitucional, teniéndose en consideración que la Administración Pública se rige bajo el principio de legalidad que sería una medida insuficiente para promover la defensa y tutela efectiva de los derechos fundamentales de los administrados, por ello corresponde dotarle de mayor fuerza

---

<sup>163</sup> Cfr. Reynaldo Bustamante Alarcón, “Control Difuso y Administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de constitucionalidad normativa?”, en *Revista Jurídica del Perú* N° 41, Trujillo, 2002, pp. 54- 55.

constitucional a los actos y actuación de la Administración, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 51º de la Constitución (citado anteriormente), concordante con el artículo VI<sup>164</sup> del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

### **3.2.2. Principios en conflicto que se presentan en la atribución del control difuso en la Administración Pública**

El control difuso en la Administración Pública, es de reciente data y ha sido cuestionado, es decir, con posturas a favor y en contra. Como bien sabemos, la Administración se rige bajo el principio de legalidad tal y cual lo establece la Constitución y normas especiales como es el caso de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Sin embargo en los últimos tiempos surge el gran dilema de que la Administración al sujetarse única y exclusivamente a la Ley o normas con rango de Ley ¿puede evidentemente vulnerar la Constitución, considerándose ésta como la norma rectora de un Estado Constitucional de Derecho?; aplicar el principio de legalidad a secas, significa que ¿podemos pasar por alto la violación de principios, valores y derechos fundamentales?.

Cuestionamiento que se fue desarrollando en los últimos años, tanto por la doctrina nacional como por el Tribunal Constitucional, órgano máximo que se encarga de interpretar la Constitución y declarar la inconstitucionalidad de las normas con efectos *erga omnes*. Es así, que se pone en tela de juicio el principio de Supremacía Constitucional, que se supone ser el principio rector de todo un ordenamiento jurídico. En tal sentido desarrollaremos cada uno de estos principios.

#### **3.2.2.2 Principio de Jerarquía Normativa**

Partiremos señalando que los ordenamientos jurídicos se encuentran organizados bajo un sistema de fuentes de derecho de las cuales emanan las disposiciones que van

---

<sup>164</sup> Artículo VI. Control Difuso e Interpretación Constitucional.- Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.



a regir el Estado y la sociedad. Bajo esta lógica, se ha establecido que la principal fuente de Derecho es la Constitución, norma suprema fundamental de la cual subyacen principios básicos que buscan resguardar el orden jurídico y consagran la unidad del mismo.<sup>165</sup> Entonces, este principio se caracteriza por ser la directriz que establece el orden de relación entre los dispositivos del sistema jurídico; es decir el principio de jerarquía normativa implica un orden vertical de las disposiciones, en la que se debe respetar toda aquella disposición de rango superior cuando se enfrenten normas de distinta jerarquía.

El principio de jerarquía normativa tiene una aplicación práctica, que se presenta claramente cuando una norma de menor rango es derogada por otra superior; o en los supuestos de contradicción entre los lineamientos que emanan de una disposición y los de otra.<sup>166</sup> Sin embargo la derogación no sólo se da entre normas de distintos rangos, cabe también entre disposiciones legales de igual jerarquía, en la que es posible que una ley sea derogada por otra ley. Así como cabe la posibilidad de la contradicción entre normas constitucionales, correspondiéndole al Tribunal Constitucional la valoración y ponderación razonable y adecuada de cual norma prevalece frente a la otra.

Por su parte Luis Castillo señala que se debe recordar una vez más que las leyes son jerárquicamente inferiores a la Constitución, y que las leyes tienen valor jurídico en la medida que se ajustan a los mandatos constitucionales, en particular a los que reconocen derechos fundamentales, y que el control de este ajustamiento lo tiene atribuido constitucionalmente no la Administración, sino el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial como comisionados del poder constituyente. La Administración se vincula a la Constitución a través de criterios hermenéuticos que se desprenden del control de la constitucionalidad que éstos órganos realicen.<sup>167</sup>

---

<sup>165</sup> Sheila Castro Ausejo, “Control Difuso: ¿Potestad de la Administración?, en *Revista de Derecho Administrativo*, Juan José Díez Sánchez, et. al., Ediciones Iuris Consulti S.A.C., Lima, 2006, pp. 221.

<sup>166</sup> *Ibidem*, pp. 222.

<sup>167</sup> Luis Castillo Córdova “Administración pública y control de constitucionalidad de las leyes”, en *La Defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia constitucional*, Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (coordinadores), Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 91.

Lo señalado hasta aquí por los tratadistas antes citados calza perfectamente con lo dispuesto por el art. 51° de la Constitución, en la que se hace alusión a la jerarquía normativa. En efecto, si la Constitución es la norma rectora del Estado, entonces, no hay motivo, para que la Administración y especialmente los tribunales administrativos puedan prescindir de ella.

### **3.2.2.3. Principio de legalidad**

El principio de legalidad aparece dentro de un modelo de Estado Determinado: el Estado de Derecho, que era una forma de organización estatal que tenía por finalidad el control del ejercicio del poder político. El mecanismo para lograr la finalidad ya indicada no era otro que el concepto de ley. En consecuencia, este principio operaría principalmente para la Administración Pública, constituyéndose en un límite frente a la posible arbitrariedad o abuso de poder de las autoridades administrativas.<sup>168</sup>

En efecto, la mejor garantía de la tutela de los derechos ciudadanos en el Estado de Derecho era el sometimiento de la Administración a la Ley, toda vez que, ésta era producto de la actividad legislativa del Estado, pero no de conceptos superiores, tales como la búsqueda de la justicia o los derechos inherentes a la persona. Sin embargo, la función administrativa tiene un fundamento que se distingue de la actuación de los particulares, en la que éstos a diferencia de la Administración, se desenvuelven en la sociedad en la medida que su conducta no se encuentre prohibida por la ley.

El tratadista Luis Castillo señala que, el principio de legalidad en el Estado Constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales.<sup>169</sup> En aplicación del principio de legalidad, la Administración no puede, interpretando que es inconstitucional dejar de aplicarla o pronunciarse en sentido contrario, porque la Administración está sometida a la Ley y es garantía del administrado que ésta se pronuncie en el marco de la Ley.

---

<sup>168</sup> Claudia del Pozo, “El control de la constitucionalidad ejercido por la Administración Pública”, ob.cit., pp. 103.

<sup>169</sup> Luis Castillo Córdova, “Administración pública y control de constitucionalidad de las leyes”, en *La Defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia constitucional*, Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (coordinadores), Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 90.

Por su parte Claudia del Pozo señala, que el desplazamiento de la posición central del ordenamiento jurídico de la noción de ley, a favor de la Constitución produjo un cambio cualitativo en el ordenamiento jurídico, ya que con la entronización de la noción de Constitución y el sistema valorativo propio del Estado Constitucional, el ser humano pasaba a ser el sujeto y no el objeto del ordenamiento jurídico.<sup>170</sup>

Por ello, somos de los que están convencidos que en la actualidad el denominado neo constitucionalismo<sup>171</sup> ha impulsado la garantía y protección de los derechos fundamentales. Entonces, la Administración no debe estar ajena a ella, es decir, ¿si dentro de los tribunales administrativos, al momento de resolver un caso concreto se detecta que la norma aplicable es inconstitucional, significa que tiene que aplicarla, por respeto al principio de legalidad?, consideramos que no debe ser así; por el contrario, se debe tener en consideración el principio de jerarquía, donde se privilegia a la Constitución frente a cualquier dispositivo legal.

Siguiendo a Alfredo Bullard diremos que, el problema de la viabilidad del control difuso por autoridades administrativas gira en torno al aparente conflicto entre dos principios. El de jerarquía, expresado de manera clara y básica por la pirámide kelseniana, que tiene que ver con la Primacía de la Constitución sobre las leyes y las leyes sobre las normas reglamentarias; y, el de legalidad, implica que la Administración pública sólo puede actuar en base a facultades concedidas por la propia ley, por lo que no es posible para una autoridad administrativa salirse de su ámbito.<sup>172</sup>

Es innegable que la relación del Derecho Constitucional frente a las diversas ramas del Derecho, es una relación de dependencia, unidad y complementariedad. Es decir, que la Constitución fija los parámetros generales de acción, pero también constituye el punto hacia donde las actuaciones jurídicas y regulaciones sectoriales del

---

<sup>170</sup> Claudia del Pozo, “El control de la constitucionalidad ejercido por la Administración Pública”, ob.cit., pp.105.

<sup>171</sup> El neoconstitucionalismo o el cconstitucionalismo contemporáneo es la forma como hoy se alude a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica, los mismos que pueden ser compartidos al mismo tiempo por la gran mayoría de teóricos legales y filósofos del derecho de la actualidad. Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Madrid, Trotta, 2003, p.101.

<sup>172</sup> Alfredo Bullard González y César Higa Silva, “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grandez Castro (coordinadores), Palestra del Tribunal Constitucional, revista mensual de jurisprudencia. Edit. Palestra, Lima, 2007, pp. 22.

Derecho deben necesariamente confluir; ya que ninguna ley, acto administrativo o sentencia judicial podría contener disposiciones que contravengan tanto lo estipulado en la Constitución, así como el conjunto de valores que ésta contiene en sí misma.<sup>173</sup>

### **3.2.3. ¿Control difuso en la Administración Pública?**

Tanto la doctrina como la norma Constitucional han pregonado la independencia y autonomía de los entes administrativos. Al respecto Dromi, citado por Anfredo Bullard González manifiesta que: “el órgano administrativo a veces es juzgador parcial, por ser parte interesada, pero siempre está sujeto a órdenes e instrucciones. La Administración carece del presupuesto político- jurídico que da razón de esencia y justificación al Poder Judicial: la independencia. Desde nuestro punto de vista, esta concepción no es aplicable a los Tribunales Administrativos o agencias autárquicas. Estos organismos al momento de resolver un caso particular no tienen autoridad jerárquica por encima que les ordene cómo resolver sino que, por el contrario, su decisión debe ceñirse a lo estipulado en el ordenamiento jurídico”.<sup>174</sup>

Por su parte, Claudia del Pozo señala que aunque el Derecho Administrativo es por definición, un derecho autónomo, esta autonomía debe desarrollarse siempre en relación con el sistema de principios, valores y normas constitucionales. Entonces, la autonomía del Derecho Administrativo no constituye una facultad para actuar con categorías propias, desvinculadas de los fines del Estado.<sup>175</sup>

Ello significa que la Administración en general al igual que la administración tributaria, se circunscribe al principio de legalidad. Tal es así, que el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobada por Ley N° 27444, establece con carácter general que la Administración Pública debe actuar en pleno respeto de la Constitución Política, el cual supone hacer prevalecer

---

<sup>173</sup> Claudia del Pozo, “El control de la constitucionalidad ejercido por la Administración Pública”, ob.cit., pp.105.

<sup>174</sup> Anfredo Bullard González y César Higa Silva, “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grandez Castro (coordinadores), Palestra del Tribunal Constitucional, revista mensual de jurisprudencia. Edit. Palestra, Lima, 2007, pp. 37.

<sup>175</sup> Cita de Claudia del Pozo, “El control de la constitucionalidad ejercido por la Administración Pública”, ob.cit., pp. 106.

ésta sobre toda norma de inferior jerarquía que la contravenga, ya sea por forma o por fondo. Asimismo, el numeral 5.3 del artículo 5° de la precitada Ley establece que el objeto o contenido del acto administrativo que se emita no podrá contravenir disposiciones constitucionales. Preceptos normativos que guardan concordancia con el artículo 51° de la Constitución Política con la que se refuerza el principio de Primacía Constitucional.

**La consecuencia directa de la afirmación del carácter de norma Suprema de la Constitución en el ámbito de la actuación del Derecho Administrativo en general, y de los tribunales administrativos en particular, es la necesidad que en el accionar de la maquinaria administrativa –y, en especial cuando la Administración emite actos y resoluciones administrativas– se verifique la compatibilidad de las actuaciones administrativas con las disposiciones constitucionales y las resoluciones del Tribunal Constitucional, en la medida que el Supremo intérprete de la Constitución delimita y dota de contenido las disposiciones constitucionales.<sup>176</sup>**

Spisso señala, que el control constitucional no admite limitaciones de carácter procesal que pretendan excluirlo en cierto tipo de procesos. Todo tribunal debe ejercer la revisión judicial de constitucionalidad del modo que resulte pertinente y necesario para resolver las pretensiones articuladas. En ese sentido es claro que, cualesquiera sean las facultades que correspondan conocer al poder administrador para dejar sin efecto los actos contrarios a las leyes, no cabe admitir que la pueda declarar inconstitucionales, porque esta facultad está reservada para el Poder Judicial. Sin embargo, se encuentran también en juego el derecho de los administrados que no pueden ser cercenados o menoscabados, por lo que el administrado tiene el derecho que al someter una controversia a la decisión de un tribunal, sea éste administrativo o judicial, se resuelva con sujeción a las prescripciones constitucionales.<sup>177</sup>

Asimismo, se debe tener en cuenta que las razones para que la Administración Pública pueda efectuar control difuso no son iguales en todos los entes de dicha Administración. Esa facultad es apreciable sólo en entes o tribunales administrativos con capacidad de decisión cuasijurisdiccional y con nivel de autonomía protegida por la Constitución o las leyes aplicables. Esto, debido a que la labor de los tribunales administrativos se asemeja a la realizada por los jueces, ya que son entes que deben actuar de manera neutral, imparcial e independiente, siendo sus decisiones producto del

---

<sup>176</sup> Ibídem, pp. 106.

<sup>177</sup> Rodolfo R. Spisso, *Acciones y Recursos en Materia Tributaria*, Lexis Nexis, Argentina, 2005, 29- 32.

análisis del ordenamiento jurídico al caso particular y para el cumplimiento de su función resolutoria, debido a que éstos Tribunales no están sometidos a autoridad alguna, debiendo aplicar también las garantías del debido proceso a los procedimientos administrativos que se tramitan ante ellos.<sup>178</sup>

Al respecto el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 3741-2004-AI/TC señala que la Administración Pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución – dada la fuerza normativa– sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional. Ello se sustenta, en que si bien la Constitución, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 138° reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.

Frente a esta posición del Tribunal Constitucional, la asociación peruana de derecho administrativo se pronunció<sup>179</sup> en contra, es decir en oposición al control difuso administrativo, argumentando que la Administración, está sometida a la Constitución y las leyes; y, ejerce sus competencias y atribuciones dentro del marco del principio de legalidad, es decir que está obligada a actuar dentro de lo que señala la Constitución, las leyes y el resto de normas y principios que integran el ordenamiento jurídico.

Por ello, la Administración Pública al estar sometida a los alcances del principio de legalidad, no puede ni derogar singularmente ni declarar inconstitucional una ley, porque está obligada a ejecutarla y cumplirla. Asimismo, señalan que el art. 138° de la Constitución es claro al señalar que el control difuso le corresponde única y exclusivamente al órgano jurisdiccional; además, es un sector minoritario de la doctrina

---

<sup>178</sup> Alfredo Bullard González y César Higa Silva, “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, pp. 41.

<sup>179</sup> Cfr. Pronunciamiento de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo de fecha, agosto de 2005, en *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grandez Castro (coordinadores), Palestra del Tribunal Constitucional, revista mensual de jurisprudencia. Edit. Palestra, Lima, 2007, pp. 191- 195

que está a favor del control difuso administrativo y con muchas limitaciones de razonabilidad y prudencia en su aplicación, puesto que es una facultad exorbitante para la Administración, que lo único que traería es un retroceso en el desarrollo del derecho administrativo; y, de pretender aplicarse debe estar expresamente establecida en la misma Constitución o una Ley.<sup>180</sup>

A esta postura hay que sumarle lo expuesto por el tratadista argentino Bianchi, para quien el control difuso por parte de la Administración es definitivamente inviable; debido a que, en primer término, los jueces de la Administración nunca pueden ser imparciales, pues actúan –las más de las veces– como jueces y parte al mismo tiempo. En segundo término, existe la imposibilidad de que los órganos jurisdiccionales administrativos ejerzan control constitucional por la propia naturaleza de sus funciones.<sup>181</sup>

Sin embargo, Bullard, señala que si bien una ley crea y otorga facultades a las agencias, lo que no puede hacer una ley es negarle la posibilidad de poner en vigencia los derechos que la propia Constitución reconoce. Si una ley vulnera el sistema económico o los derechos fundamentales de la persona humana, esta sería inconstitucional y, por tanto, inaplicable. Una ley no debería establecer que los tribunales administrativos no pueden hacer control difuso, pues ello estaría vulnerando la lógica misma de la resolución de conflictos intersubjetivos, en los que los ciudadanos tienen derecho a la aplicación del sistema legal en su conjunto, incluida la Constitución y las leyes.<sup>182</sup>

Por su parte Bustamante señala que, si se negara la posibilidad de que la Administración pueda ejercer control difuso de la constitucionalidad normativa, entonces deberá encontrarse una salida para asegurar la eficacia directa e inmediata de la Constitución en todos los procedimientos sometidos a la competencia de la Administración.<sup>183</sup> Considerando que la facultad de control difuso encomendada al Poder

---

<sup>180</sup> *Ibídem.*

<sup>181</sup> Véase Sheila Castro Ausejo, “Control Difuso: ¿Potestad de la Administración?”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Juan José Díez Sánchez, et. al., Ediciones Iuris Consulti S.A.C., Lima, 2006, pp. 230.

<sup>182</sup> Anfredo Bullard González y César Higa Silva, “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional” ob.cit. p. 40.

<sup>183</sup> Cfr. Reynaldo Bustamante Alarcón, “Control Difuso y Administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?”, ob. cit., pp. 56- 57.

Judicial desde hace varios años ha sido poco utilizada, es conveniente extender tal facultad a los tribunales administrativos u órganos colegiados que ejerzan materialmente funciones similares a las de los mencionados tribunales.<sup>184</sup>

**Así, un sector de la doctrina representado por Rubio, afirma que el control difuso pertenece no sólo a los jueces y tribunales del Poder Judicial, sino a toda la Administración de Justicia, es decir a todos los órganos que ejercen jurisdicción. Contrariamente, otro sector, encabezado por Quiroga ha señalado que en la Constitución hay una confusión entre la actividad que realiza el Poder Judicial y la que ejerce la administración de justicia en general. Para esta última tendencia, el segundo párrafo del art. 138° y los arts. 140°, 142°, 148° y 149°, no se refieren estricta y exclusivamente al Poder Judicial sino a la Administración de justicia en el Perú, que es tema distinto al género dentro del cual es una especie de actividad de los tribunales ordinarios.<sup>185</sup>**

Al respecto consideramos que ambos fundamentos son válidos y con mucha razón, es decir los que están a favor del control difuso por la Administración Pública y los que están en contra. Es natural que los administrativistas en el Perú y tal vez en el mundo se resistan a la idea de tener la atribución de aplicar el control difuso en el ejercicio de sus actividades, más cuando esta atribución ha sido delegada exclusivamente al poder judicial, considerándosele como un poder independiente y autónomo, desde que Mostesquieu planteó la tesis de la separación de poderes, en la que cada una de éstas se conduce en completa independencia y autonomía.

Razón para que en la actualidad se hable del bloque de constitucionalidad, en la que se deben garantizar los derechos fundamentales de las personas, al margen de todo dispositivo legal, dejándose limitado el positivismo absoluto, toda vez que las normas constitucionales no sólo contienen preceptos normativos, sino también valores y principios rectores que deben ser tratados con mucha delicadeza. Al respecto Robert Alexy citado por Bullard, señala que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el criterio del mayor peso para el caso concreto. Los conflictos de reglas

---

<sup>184</sup> Francisco Morales Saravia, "Tribunales Administrativos y Control Constitucional", en *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grandez Castro (coordinadores), Palestra del Tribunal Constitucional, revista mensual de jurisprudencia. Edit. Palestra, Lima, 2007, pp. 135.

<sup>185</sup> Texto citado por Sheila Castro Ausejo, "Control Difuso: ¿Potestad de la Administración?", en *Revista de Derecho Administrativo*, Juan José Díez Sánchez, et. al., Ediciones Iuris Consulti S.A.C., Lima, 2006, pp. 229.



se llevan a cabo en la dimensión de la validez; mientras que los principios se dan en la dimensión de peso para el caso concreto.<sup>186</sup>

En ese sentido, somos de la posición de que sí se debe atribuir a la Administración Pública la aplicación del control difuso, el mismo que debe ser de manera muy limitada y racional. Por lo que coincidimos con la propuesta de muchos tratadistas nacionales y con la decisión del Tribunal Constitucional al establecer que el control difuso por la Administración Pública debe ser atribuida sólo a los órganos colegiados (que tengan independencia en sus decisiones), es decir, esta facultad se les atribuye sólo a los tribunales administrativos, que ejercen funciones cuasijurisdiccionales, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de los administrados al resolver un caso concreto, en la que deben analizar primeramente la constitucionalidad de la norma aplicable al caso y si ésta la transgrede manifiestamente dejar de aplicarla, prefiriendo la Constitución.

Esto en razón a que en el Perú, los tribunales administrativos, si bien pertenecen o están adscritos al poder ejecutivo, éstos ejercen funciones casi jurisdiccionales de manera independiente y con autonomía, resolviendo conflictos entre los administrados y la administración. Claro ejemplo de esto es el Tribunal Fiscal, que resuelve en última instancia administrativa conflictos entre los contribuyentes y la Administración tributaria, donde emite resoluciones muy poco cuestionables en la vía jurisdiccional.

### **3.3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE AL CONTROL DIFUSO POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N° 3741-2004-AI/TC**

#### **3.3.1. Posición del Tribunal Constitucional (TC) respecto al control difuso por la Administración Pública**

La existencia del TC se basa en dos principios consustanciales que fundan el Estado Constitucional y Democrático: el principio de supremacía jurídica de la Constitución, que garantiza la primacía y eficacia de la Ley Fundamental sobre otras

---

<sup>186</sup> Anfredo Bullard González y César Higa Silva, “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, ob.cit. pp. 25.

normas de inferior jerarquía; y, el principio político democrático, o de soberanía popular, que se manifiesta en el sistema de valores democráticos, en virtud del cual se imparte justicia.<sup>187</sup>

En tal sentido, diremos que las atribuciones del Tribunal Constitucional, –en adelante TC– es declarar la inconstitucionalidad de las normas con efectos *erga omnes* y es el máximo intérprete de la Constitución. Entonces, somos de la posición que es un tribunal que se pronuncia a través de sentencias que constituyen el efecto de cosa juzgada y muchos de ellos forman parte de los llamados *precedentes constitucionales vinculantes*<sup>188</sup>, de conformidad a lo establecido por el artículo VII<sup>189</sup> del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional de la Ley N° 28237, “*las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo.*”

Tarea que la empezó a desarrollar, recién a partir del año 2002, no obstante de existir formalmente desde 1996, en la década de los noventa se expidieron pocas sentencias relevantes debido a que, la mayoría de los poderes públicos, se encontraba en cautiverio del gobierno de turno. Las sentencias del TC se han ido fortaleciendo, toda vez que sus decisiones son de obligatorio cumplimiento porque la finalidad de las mismas es preservar la vigencia de los derechos fundamentales, así como la supremacía jurídica de la Norma Fundamental.<sup>190</sup>

En ese sentido diremos, que el carácter vinculante del precedente radica en que el juez o tribunal deberá utilizar en principio los mismos fundamentos para la resolución de

---

<sup>187</sup> Citado por César Landa Arroyo, “Los precedentes Constitucionales”, en *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, César Landa Arroyo (Director), Año III, N°. 5, enero- junio, Lima, 2007, pp. 35.

<sup>188</sup> Christian Donayre Monstesinos, “Precedente Constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional”, en *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, César Landa Arroyo (Director), Año III, N°. 5, enero- junio, Lima, 2007, pp. 104.

<sup>189</sup> Artículo VII.- Precedente. Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

<sup>190</sup> Véase César Landa Arroyo, “Los precedentes Constitucionales”, ob.cit., pp. 29- 30.

casos similares al que dio origen el precedente,<sup>191</sup> que incluso obligará a otras entidades públicas y hasta privadas, como es lo que ocurre con los precedentes constitucionales que establece el TC.

En efecto, un precedente será considerado como *constitucional* en la medida que para efectos de la creación de la norma o regla jurídica que contiene, hayan participado los dispositivos constitucionales<sup>192</sup>; sin embargo, no sólo el TC, puede establecer precedentes constitucionales, pues en definitiva, la Corte Suprema que puede interpretar la Constitución con efectos vinculantes, podría hacerlo; cuya diferencia radica en sus efectos, en la que el precedente de la Corte Suprema tiene eficacia horizontal y vertical dentro del Poder Judicial, mientras que el precedente del TC que también tiene eficacia horizontal y vertical, no sólo obliga al Poder Judicial sino también a todos los poderes públicos del Estado, incluso privados.<sup>193</sup>

Las sentencias del TC, dado que constituyen la interpretación de la Constitución como máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente del derecho y vinculan a todos los poderes del Estado<sup>194</sup>. Así, conforme establece la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del TC N° 28301, concordante con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, *“los jueces y tribunales (dentro de esta se incluyen los administrativos que imparten justicia con carácter nacional) interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional (...).”* (Negrilla agregado nuestro).

De ahí, la preocupación del TC por potenciar el principio de vinculación de los poderes públicos a la Constitución, en la que incluso el Congreso de la República y el Ejecutivo están bajo su control cuando vulneran la Constitución, la Corte Suprema y el

---

<sup>191</sup> Citado por Christian Donayre Montesinos, “Precedente Constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional”, ob.cit., pp. 105.

<sup>192</sup> Ibídem, pp. 106.

<sup>193</sup> Cfr. Christian Donayre Montesinos, “Precedente Constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional”, ob.cit., pp. 106.

<sup>194</sup> Ibídem, pp. 117.

Jurado Nacional de Elecciones cuando violan derechos fundamentales, y ni que se diga de la Administración Pública en su conjunto que administran justicia administrativa, es decir los tribunales administrativos deben tener la facultad preventiva, antes de llegar al Poder Judicial o al TC, de inaplicar leyes manifiestamente inconstitucionales.<sup>195</sup> Esto debido a que:

**La carga de reclamaciones ha aumentado y los ciudadanos esperan una solución justa y rápida. No podemos pretender que en el supuesto de una manifiesta inconstitucionalidad o de una evidente lesión a los derechos fundamentales le digamos al administrado que tiene razón pero que la Administración le rechazará su petición porque la Ley así lo dice, aunque se contraría a la Constitución. Además, le diremos, que tendrá que recorrer todo el procedimiento administrativo, incluso llegar al tribunal administrativo, para una respuesta negativa y que recién entonces podrá recurrir al Poder Judicial para exigir la Supremacía de la Constitución o la defensa de sus derechos<sup>196</sup>**

En efecto, la cita nos parece muy lógica y racional, debido a que no sólo en los procesos judiciales son vulnerables los derechos fundamentales sino también dentro del ámbito administrativo; por ello la preocupación del TC en desarrollar toda una doctrina y establecer con carácter de precedente constitucional vinculante el control difuso administrativo, obligando a todos los tribunales administrativos a inaplicar normas inconstitucionales. Pronunciamiento del TC que trajo como consecuencia una enorme polémica y reacción de parte de los tratadistas, especialmente de los administrativistas.

De ahí que el control difuso administrativo, como tal, tiene sus orígenes en el caso Salazar Yarleque (Exp. 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005) en la que el TC se pronuncia, en que todos los órganos colegiados o tribunales de la Administración como al Tribunal Fiscal, Tribunal de Competencia, en el Indecopi, Tribunal de Consucode, a los órganos colegiados de los Organismos Reguladores y Supervisores de Servicios Públicos (Osiptel, Osinerg, Sunass, Ositrán) y al Tribunal Registral, entre otros, están en la obligación y el deber de ejercer el control difuso, inaplicando normas inconstitucionales, garantizando así, la plena vigencia de la Constitución y evitando la violación de derechos fundamentales.

---

<sup>195</sup> Cfr. Francisco Morales Saravia, “Tribunales Administrativos y Control Constitucional”, en *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grandez Castro (coordinadores), Palestra del Tribunal Constitucional, revista mensual de jurisprudencia. Edit. Palestra, Lima, 2007, pp. 134- 135.

<sup>196</sup> Cita realizada por Francisco Morales Saravia, “Tribunales Administrativos y Control Constitucional”, ob.cit., pp. 136.

Sin embargo, cabe recordar que en anteriores oportunidades el TC se había pronunciado en contra de la inaplicación administrativa de una ley, como es el caso de la sentencia recaída en el Exp. 007-2001-AI/TC, aunque en sentido estricto no se trataba del caso de un control difuso, pero si se establecían ciertos límites respecto de este tipo de control constitucional.<sup>197</sup> La primera oportunidad en que el TC afirma la posibilidad del control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración Pública aparece en la sentencia sobre la Ley de Reforma Constitucional del Régimen Pensionario del Decreto Ley N° 20530, recaída en el Exp. N°. 0050-2004-AI/TC del 06 de junio de 2005;<sup>198</sup> en base al desarrollo doctrinario limitado que ensayaban algunos autores como Claudia del Pozo, Reynaldo Bustamante Alarcón, Alfredo Bullard, entre otros.

En este último caso citado, el pronunciamiento del TC respecto al control difuso por parte de la Administración es muy genérico y ambiguo, debido a que invocando el art. 38° de la Constitución se pretende forzar a toda la Administración y ciudadanos en general sujetarse a la Constitución, el cual implicaría, entonces, ¿qué invocando la inconstitucionalidad se deje de aplicar una determinada norma?; consideramos que no, toda vez que esta atribución debe ser bastante limitada y sólo en determinados casos; razón para que más adelante el mismo TC a través de otros pronunciamientos corrigiera este error material.

Ya en la sentencia recaída en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC, la posición del TC ha sido moderada puesto que ha reconocido tal facultad sólo a los tribunales administrativos, u órganos colegiados que materialmente actúan como aquellos, es decir órganos cuya naturaleza es cuasijurisdiccional, y no a toda la Administración como era la preocupación de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo.

---

<sup>197</sup> José Antonio Barreda Tirado, *El Control difuso de la Constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración Pública en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008, pp. 26.

<sup>198</sup> “(...) el artículo 11° de la Ley 28449, establece que los empleados y funcionarios de todas las entidades del sector público están obligados a cumplir, bajo responsabilidad, las directivas y requerimientos que en materia de pensiones emita el Ministerio de Economía y Finanzas. Tal disposición debe ser interpretada en el sentido de que dichas directivas y requerimientos resulten obligatorios, sólo en la medida en que sean compatibles con la Constitución y con las sentencias expedidas por este tribunal. (...) El art. 38° de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla. En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.”

En efecto a través de la precitada sentencia y su respectiva aclaratoria, es que el TC concluye una construcción que le ha tomado tiempo formular y que, como toda creación jurisprudencial, consiste en un mosaico de imágenes que, poco a poco, fue elaborando, diseñando con avances y retrocesos, correcciones y propuestas a futuro, y que en la sentencia de la referencia terminó de mostrar, tal vez en forma completa aunque no pacífica en sus alcances, como la discusión doctrinaria que ha originado puede dar fe.<sup>199</sup>

Como el propio Landa Arroyo (miembro integrante del TC cuando se resolvió el caso Salazar Yarlequé, a través del cual se creó la figura jurídica del control difuso administrativo) señala que se puede flexibilizar en ocasiones el precedente, teniendo en consideración aquellos elementos que rodean el caso concreto y la relevancia del mismo; *pues si se entiende que el no es estático, sino dinámico y vital, será más fácil aceptar que lo decidido en un caso no siempre será de aplicación a otro caso concreto, pero a condición que se motive razonablemente el cambio del precedente.*<sup>200</sup> Lo que creemos que ha sucedido en cuanto a la creación del control difuso administrativo, toda vez que en un primer momento la posición del TC fue firme en limitar esta atribución sólo al poder judicial; sin embargo, más tarde se rectifican y amplían esta atribución a los tribunales administrativos, fijando los límites y precisando las reglas del precedente, como lo analizaremos a continuación.

### **3.3.2. Análisis de la Sentencia del TC N° 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005**

Lo que vamos hacer en el presente análisis, es extraer algunos fundamentos de la sentencia recaída en el Exp. 3741-2004-AA/TC, mediante el cual se creó el control difuso administrativo.

Se trata de una demanda de amparo interpuesta por Salazar Yarlequé quien solicita que se ordene a la Municipalidad Distrital de Surquillo admitir a trámite los medios impugnatorios que desea hacer valer frente a una resolución de multa emitida por dicha entidad, sin que por ello tenga que pagar previamente un derecho de trámite que la municipalidad emplazada ha establecido porque el recurrente considera violatorio de sus

---

<sup>199</sup> Cfr. José Antonio Barreda Tirado, ob.cit., pp. 52- 54.

<sup>200</sup> César Landa Arroyo, “Los precedentes Constitucionales”, ob.cit., pp. 57.

derechos constitucionales de defensa y de petición, consagrados en el art. 139<sup>o</sup><sup>201</sup>, incisos, 2, 3 y 20 de la Constitución.<sup>202</sup>

Petición que el TC la reconduce a una dimensión constitucional del derecho de petición y del debido procedimiento administrativo, en el que afirma, tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los actos de la Administración Pública, sujetos a una ley, son conformes a los valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales que la Constitución consagra, a través del control difuso.

Este deber de respetar y preferir el principio de Supremacía Constitucional también alcanza a la Administración Pública; *de modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional – sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución.*<sup>203</sup> Vinculación que guarda concordancia con lo establecido en el precitado artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General; *si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como principio de Legalidad, en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía de la Constitución.*<sup>204</sup>

Argumento que vincula a toda la Administración a ejercer el control difuso, en consecuencia cabe la pregunta, ¿será posible esto?, ¿no generará acaso, una serie de irregularidades, interpretaciones erradas e inseguridad jurídica total?, toda vez que cualquier funcionario o servidor público invocando el control difuso podría dejar de atender lo dispuesto por el ordenamiento jurídico pensando que muchas de sus normas son inconstitucionales; y, lo que es más grave, que cualquier administrado y ante

---

<sup>201</sup> Art. 139° de la Constitución Política de 1993. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...). 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. (...). 2. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.

<sup>202</sup> Sentencia recaída en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC (Fundamento jurídico 1)

<sup>203</sup> *Ibíd*em (Fundamento jurídico 6)

<sup>204</sup> *Ibíd*em.

cualquier instancia administrativa pueda peticionar que se inaplique una norma que la considera inconstitucional.

De ser así, esto resultaría ser, muy peligroso, debido a que muchos de los servidores y funcionarios de la Administración no están especializados ni capacitados para aplicar el control difuso, ni mucho menos, administrar justicia administrativa. Por fortuna, este error ha sido advertido por el mismo TC, por lo que tuvieron que rectificarse y aclarar algunos puntos muy importantes a través de la resolución aclaratoria de fecha 13 de octubre del 2006, en la que se establece claramente, que *todo tribunal u órgano colegiado de la Administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente*.

Establece también, que el control difuso administrativo se realizará a pedido de parte (uno de los límites que impone el TC) ; por lo que los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados; y, sólo, excepcionalmente procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el TC a través de jurisprudencia constitucional obligatoria o haya sido consagrada como precedente vinculante.

Sin embargo, cabe la pregunta bajo ¿qué fundamento jurídico el TC fundamenta la postura del control difuso administrativo?; de la sentencia en análisis tenemos los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución. A criterio personal nos atreveríamos a cuestionar cada uno de estos dispositivos; toda vez que el art. 38° hace alusión a que *“todos los peruanos tienen el deber de (...) cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”*, con lo cual no se puede pretender vincular a la Administración para que pueda aplicar el control difuso; el art. 51° hace alusión al principio de jerarquía normativa en la que se prefiere a la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico y el art. 138°, en su segundo párrafo establece claramente que *“En*



*todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. (...)”.*

Como evidenciamos cada uno de estos dispositivos de la Constitución tienen una finalidad y connotación propia, en la que en ningún caso se hace alusión de manera expresa a que la Administración o tribunales administrativos tengan la atribución del control difuso, al contrario, el art. 138° es claro en señalar que **los jueces** al evidenciar la incompatibilidad entre la Constitución y una norma legal, prefieren la primera. Pero, el TC lo que hace es vincular estos dispositivos para pronunciarse en el sentido que los tribunales administrativos están facultados a inaplicar normas que contravengan manifiestamente la Constitución, toda vez que éstos tribunales administran justicia administrativa de carácter nacional, en consecuencia están sujetos a la Constitución.

**Para poder aplicar el Tribunal el art. 138° de la Constitución, debió establecer una analogía entre el juez (o el proceso judicial) y la Administración (o el proceso administrativo) y llegar a la conclusión según la cual existen entre ambos sujetos una similitud fundamental o esencial en las funciones que ambos tienen asignados y, existiendo dicha similitud, ante el problema de la inconstitucionalidad de una ley, proceder a derivar de aquella similitud de funciones, la atribución de inaplicación a favor de la Administración de la misma manera en que los jueces la realizan. Pero el TC no hace una analogía entre la función jurisdiccional y la función administrativa. Lo que el tribunal hace es señalar directamente que de la lectura del art. 138° no se desprende que se trate de una atribución exclusiva de los jueces.<sup>205</sup>**

La cita tiene lógica y sentido, porque efectivamente el TC lo que pretende es decir que el art. 138° incluye también a los tribunales administrativos, entonces sería posible sostener que de dicha norma se derivan una serie de no prohibiciones, en la medida en que de un texto se pretende señalar algo que no dice. Por lo que nos aventuraríamos, más bien, a señalar que, el TC del Perú a través de sus sentencias con precedentes constitucionales vinculantes lo que hacen es crear una suerte de derecho, convirtiéndose en una especie de legisladores jurisdiccionales que a partir de un caso concreto establece una determinada regla y vinculan a todos los poderes públicos y privados del Estado. Esto, debido a que en el caso bajo comentario, consideramos que no se produce una interpretación literal o racional de los dispositivos constitucionales citados, sino una interpretación extensiva o muy extensiva como para vincular a la Administración que tiene la facultad del control difuso.

---

<sup>205</sup> José Antonio Barreda Tirado, ob.cit., pp. 61.

Entonces se presenta, el gran dilema para el TC, de ¿cómo es posible que tanto la Administración como los jueces (juez constitucional que atendió la acción de amparo del caso bajo comentario) se limiten a aplicar la norma legal (ordenanza municipal) pasando por alto derechos fundamentales tutelados por la Constitución?; el cual motivó a realizar todo un desarrollo jurisprudencial y sentar precedente vinculante, con la única finalidad de tutelar los derechos fundamentales de los administrados y la plena vigencia de la Constitución como Norma Suprema.

**Por este motivo el TC ha precisado, en el caso bajo comentario con claridad los tipos de regla jurídica que contiene la *ratio decidendi* –que constituirá precedente vinculante–. Así se ha establecido que la regla procesal es aquella disposición normativa de la *ratio decidendi* que se funda en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y tiene la finalidad jurídica para establecer un precedente vinculante con efecto *erga omnes*, a partir de que en el caso se haya producido un pronunciamiento sobre el fondo, pasando así a la calidad de cosa juzgada constitucional. Mientras que la regla sustancial o material es aquella disposición normativa de la *ratio decidendi* que se funda en el principio de supremacía constitucional y de su fuerza normativa, para estimar una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, con efectos vinculantes para casos futuros idénticos.<sup>206</sup>**

Cita del cual evidenciamos que el mismo Landa Arroyo, quien participó del caso en comentario, señala y enfatiza en las reglas del precedente, las mismas son de carácter procesal y material, a través del cual se crea una suerte de derecho al que están sometidos todos los poderes públicos y privados del Estado. Con mayor razón los tribunales administrativos, porque es a ellos que de manera expresa se les atribuyen el control difuso, con la finalidad de evitar trámites engorrosos y costosos al que están sometidos los administrados al tener que agotar la vía administrativa para recién acudir a la vía judicial y poder hacer valer sus derechos fundamentales o pedir la inaplicabilidad de normas manifiestamente inconstitucionales. Como se reiteró una y otra vez por el TC lo que se busca es garantizar los derechos fundamentales de los administrados.

Por otro lado, respecto al control difuso de oficio, José Antonio Tirado cuestiona en el sentido que no existe una inaplicación de oficio de normas presuntamente inconstitucionales, lo que existe, en realidad, es un deber de seguimiento de la jurisprudencia establecida por el TC, el cual ya determinó, con anterioridad la participación de la Administración Pública, si una norma es o no inconstitucional. Resulta claro concluir, entonces, que en este extremo no nos encontramos ante un caso de control

---

<sup>206</sup> César Landa Arroyo, “Los precedentes Constitucionales”, ob.cit., pp. 55-56.

difuso de la constitucionalidad de las leyes sino de acatamiento y seguimiento de los precedentes vinculantes y la jurisprudencia obligatoria establecida por el TC.<sup>207</sup>

Criterio muy respetable por cierto, pero que no la compartimos, toda vez que el control difuso de oficio está orientado básicamente a que los tribunales administrativos al momento de resolver un caso concreto, si evidencian manifiestamente la inconstitucionalidad de una norma legal, que en un momento determinado ya ha sido materia de pronunciamiento por parte del TC, entonces, éstos tribunales administrativos de oficio deben inaplicarla. Generalmente esto ocurre en cuanto a la vigencia de las ordenanzas<sup>208</sup> (se actualizan anualmente) que regulan los arbitrios municipales; habiendo sido declaradas inconstitucionales por el TC, siguen vigentes las ordenanzas emitidas por otros municipios que siguen manteniendo el mismo criterio de las que fueron declaradas inconstitucionales. Entonces, si un caso de estos llega al Tribunal Fiscal, es obvio que deben inaplicarla de oficio y garantizar los derechos fundamentales del contribuyente. Es decir, se sigue el criterio del TC para aplicar el control difuso de oficio.

### **3.3. CONTROL DIFUSO COMO ATRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL FISCAL**

#### **3.4.1. Control difuso del Tribunal Fiscal como órgano intermedio del procedimiento contencioso tributario**

Es importante anotar que el cumplimiento de la obligación de la Administración Pública, en la cual se encuentra incluida el Tribunal Fiscal, de aplicar el control difuso, no puede ser entendida bajo ningún motivo como una violación del principio de

---

<sup>207</sup> José Antonio Barreda Tirado, ob.cit., pp. 73- 74.

<sup>208</sup> Por ejemplo, tenemos el caso de los arbitrios municipales del distrito de Santiago de Surco (Exp. N° 0041-2004-AI/TC); también el caso del distrito de Miraflores por los mismos arbitrios municipales (Exp. N° 0053- 2004-AI/TC). En la que en ambos casos se discutió la misma cuestión, es decir sobre los arbitrios municipales en el sentido de que estas ordenanzas emitidas por los municipios distritales, deben ser ratificadas por las provinciales para que tengan efecto y puedan constituir norma legal dentro de su jurisdicción de conformidad a lo establecido por el art. 69-A de la Ley de Tributación Municipal, Decreto Legislativo N° 776. Asimismo, estas ordenanzas transgreden el art. 69-B de la Ley de Tributación Municipal, Decreto Legislativo N° 776, al disponer que el municipio local calcule los importes de los arbitrios utilizando las fórmulas previstas en sus propias ordenanzas y no los criterios utilizados hasta el 1 de enero del ejercicio anterior (2003), reajustados únicamente en base al índice de precios al consumidor; entre otros argumentos muy parecidos en ambos casos.

idea es si se produjo en estos dos municipios, pudieron haber ocurrido lo mismo en otros municipios y habiéndose ya pronunciado el TC, el Tribunal Fiscal también puede hacerlo de oficio, pero inaplicándolas sin necesidad de declararlas inconstitucionales.

legalidad. Por el contrario, queda claro que la Administración Pública está sujeta, por mandato de la Constitución y la ley a cumplir sus disposiciones a fin de que se le legitime su fuerza y supremacía normativa.<sup>209</sup> En ese sentido, es una potestad reglada de la Administración Pública cumplir y respetar la Constitución Política sobre todo sujetando la emisión de sus actos administrativos al cumplimiento, por forma y fondo, de esta.

En tal sentido, la emisión del acto administrativo, no debe implicar una actuación mecánica, sujeta al cumplimiento de meras formalidades previstas en la ley. Por el contrario, en un Estado Constitucional de Derecho, la emisión de dicho acto debe importar que la decisión contenida en él sea justa y de acuerdo con una visión integral de todo el ordenamiento jurídico, en atención de privilegiar el cumplimiento de la Constitución Política frente a lo establecido en la ley o en normas de menor jerarquía, en la que no sólo el poder judicial sino todos los privados y públicos que ejercen función resolutoria (como el caso del Tribunal Fiscal) deben interpretar y emitir decisiones conforme a la Constitución Política.<sup>210</sup>

Por ello, si bien la Administración y específicamente el Tribunal Fiscal están sometidos al principio de legalidad, ello no significa que se deje de lado la Constitución para preferir una norma legal, al contrario, se debe garantizar su plena vigencia y respeto de los derechos fundamentales. Al respecto Alfredo Bullard señala:

**Imaginemos qué sucede si el Congreso promulga un tributo que es claramente inconstitucional porque discrimina a los contribuyentes o porque no cumple con algunos de los requisitos establecidos por la Constitución para su validez. El Tribunal Fiscal ¿debería o no considerarse facultada a inaplicar ese impuesto inconstitucional?. En caso no pudiera, el administrado tendría que ir al Poder Judicial y recién ahí podría cuestionar la validez de ese tributo, luego de un largo proceso y, quizá, hasta del cobro de un tributo inconstitucional. Podría ser embargado en sus bienes, privado de su propiedad, y sujeto a la violación de su derecho, sólo porque la Administración pública está obligada a ser injusta. Pero cuando el caso se ha presentado en la realidad, no es extraño encontrar situaciones en el que los funcionarios han actuado prefiriendo la Constitución sobre otra norma legal.**<sup>211</sup>

Bien sabemos que los facultados en la aplicación de los tributos es la administración tributaria; y, el Tribunal Fiscal en cuanto se produzcan conflictos en

---

<sup>209</sup> Percy Bardales Castro, “¿Es posible la aplicación del control difuso en los procedimientos administrativos tributarios?, en *la revista de Actualidad Tributaria* N° 155, pp. 223.

<sup>210</sup> *Ibíd.*

<sup>211</sup> Alfredo Bullard González y César Higa Silva, “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, *ob.cit.*, pp. 17- 18.

materia tributaria y aduanera, es el encargado de resolver estos conflictos en última instancia administrativa. Trámite que implica un problema mayor para el contribuyente, toda vez que previamente hay que seguir una vía administrativa, para luego recurrir a la vía jurisdiccional; entonces, resulta imprescindible que el Tribunal Fiscal (órgano intermedio que se ubica entre la Administración y el poder judicial en el procedimiento del contencioso tributario) al momento de resolver, garantice los derechos fundamentales de los contribuyentes y la plena vigencia de la Constitución.

Acaso para inaplicar una norma tributaria inconstitucional, obligatoriamente, ¿hay que recurrir al poder judicial, pero previamente agotar la vía administrativa, que implica primero, recurrir ante la Administración tributaria (SUNAT) y luego al Tribunal Fiscal, conforme lo establece el artículo 124<sup>o212</sup> del Código Tributario?; con lo cual ¿realmente se está garantizando la protección de los derechos fundamentales de los contribuyentes?, o vulnerándolas aún más, por los trámites embarazosos que tienen que seguir. De ahí, surge uno de los fundamentos para que el TC pudiera resolver a favor del control difuso administrativo, precisando las características y condiciones en las que se debería aplicar, el mismo que debe ser ejercido sólo por los tribunales u órganos colegiados administrativos que administran justicia con carácter nacional, con la finalidad de uniformizar criterios y vincular a toda la Administración para seguir sus lineamientos en pro de garantizar los derechos fundamentales y la plena vigencia de la Constitución, evitando la pérdida innecesaria de tiempo y costos para los administrados.

El Tribunal Fiscal ha expedido diversas resoluciones en las cuales ha realizado juicios constitucionales positivos, tanto de las normas tributarias como del Código Civil, interpretándolas de conformidad con la Constitución en materia del derecho fundamental de la igualdad, a fin de declarar inafectas del impuesto al patrimonio vehicular o al impuesto predial, a las iglesias protestantes en las mismas condiciones que la iglesia

---

<sup>212</sup> Son etapas del Procedimiento Contencioso-Tributario:

- a) La reclamación ante la Administración Tributaria.
- b) La apelación ante el Tribunal Fiscal.

Cuando la resolución sobre las reclamaciones haya sido emitida por órgano sometido a jerarquía, los reclamantes deberán apelar ante el superior jerárquico antes de recurrir al Tribunal Fiscal. En ningún caso podrá haber más de dos instancias antes de recurrir al Tribunal Fiscal.

católica.<sup>213</sup> Toda vez que, éste Tribunal tiene una función especializada (la de conocer y resolver en último instancia las reclamaciones tributarias), y por lo tanto está separado orgánica y funcionamiento de los órganos de gestión tributaria, es decir de la Administración Activa de cualquiera de las instancias de gobierno.<sup>214</sup>

Por su carácter especializado y técnico se trata de un órgano con autonomía funcional, cuya existencia permite que la vía administrativa de la impugnación de los actos tributarios se constituya en un mecanismo de control en la propia Administración, que permita dotar de mayor legitimidad la actuación administrativa tributaria. Además, si se considera la vía de la impugnación administrativa como una garantía para el deudor, como sostiene el TC, la existencia de un órgano especializado en la materia tributaria, por su alto componente técnico, asegura al Administrado la posibilidad de contar con una tutela mayor.<sup>215</sup>

Esto debido a que todo acto de la Administración Pública debe ser eficiente, es decir, necesariamente tiene que ser útil para satisfacer las necesidades públicas. No se puede aceptar la posibilidad que el Tribunal Fiscal aplique leyes inconstitucionales al momento de resolver un conflicto en materia tributaria y aduanera; pues las Resoluciones del Tribunal Fiscal no estarían sirviendo de modo adecuado a las necesidades públicas que tienen que ver con la racionalidad (constitucional y legal) de la carga tributaria que corresponde a cada deudor, individualmente considerado.

A mayor abundamiento se puede decir que, en la medida que el órgano administrativo competente para el control difuso (Tribunal Fiscal) goce de mayor solvencia ética y técnica; entonces mayor es la probabilidad de calidad del control difuso que lleve a cabo.

---

<sup>213</sup> Alfredo Bullard González y César Higa Silva, “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, ob.cit., pp. 18.

<sup>214</sup> Isabel Chiri Gutiérrez, “El control difuso del Tribunal Fiscal. La paradoja del control difuso en un tribunal atado de manos”, en *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grandez Castro (coordinadores), Palestra del Tribunal Constitucional, revista mensual de jurisprudencia. Edit. Palestra, Lima, 2007, pp. 155.

<sup>215</sup> *Ibíd.*, pp. 156.

Por su parte, el artículo 102° del Código Tributario establece la jerarquía de normas, en el sentido que *“Al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía. En dicho caso, la resolución deberá ser emitida con carácter de jurisprudencia de observancia obligatoria, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 154<sup>o216</sup>”*.

El Tribunal Fiscal que imparte justicia administrativa con carácter nacional y que muchas veces, emite resoluciones que constituyen jurisprudencia de observancia obligatoria para la Administración y se publica en el diario oficial “El peruano”, en la que ésta, está en la obligación de acatar sus resoluciones, sin tener siquiera, la posibilidad de recurrir al órgano jurisdiccional, debido a su especialidad. Es decir, las resoluciones del Tribunal Fiscal que constituyen jurisprudencia de observancia obligatoria, son resoluciones que tienen el efecto de cosa juzgada para la Administración, siendo cuestionadas, sólo por los contribuyentes afectados en la vía judicial.

Que, a diferencia de otros tribunales administrativos, su justificación se sitúa en la posibilidad de dar una respuesta al administrado desde la propia Administración, a partir de un órgano técnicamente especializado e independiente que busca garantizar la unidad en lo tributario, para lo cual necesita la no intervención en la producción del acto impugnado y especialización técnica, aunque pertenezca o esté adscrita al poder ejecutivo.

La independencia en la justicia administrativa no puede ser leída en los mismos términos que se plantean respecto de la justicia desarrollada a nivel jurisdiccional, pero debe contener lo esencial y lo razonable teniendo en cuenta el ámbito administrativo en el que se desarrolla, para no vaciarla de contenido. Por ello, en la sentencia del 26 de agosto

---

<sup>216</sup> Las resoluciones del Tribunal Fiscal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de normas tributarias, así como las emitidas en virtud del Artículo 102°, constituirán jurisprudencia de observancia obligatoria para los órganos de la Administración Tributaria, mientras dicha interpretación no sea modificada por el mismo Tribunal, por vía reglamentaria o por Ley. En este caso, en la resolución correspondiente el Tribunal Fiscal señalará que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria y dispondrá la publicación de su texto en el Diario Oficial.

De presentarse nuevos casos o resoluciones con fallos contradictorios entre sí, el Presidente del Tribunal deberá someter a debate en Sala Plena para decidir el criterio que deba prevalecer, constituyendo éste precedente de observancia obligatoria en las posteriores resoluciones emitidas por el Tribunal.

La resolución a que hace referencia el párrafo anterior así como las que impliquen un cambio de criterio, deberán ser publicadas en el Diario Oficial.

En los casos de resoluciones que establezcan jurisprudencia obligatoria, la Administración Tributaria no podrá interponer demanda contencioso-administrativa.

de fecha 2003 recaída en el Exp. N°. 010-2001-AI/TC, el TC ha reconocido que los tribunales administrativos son entes que pertenecen al Poder Ejecutivo, y por lo tanto los procedimientos seguidos ante ellos, son procedimientos seguidos ante la misma Administración, aunque se traten de órganos con características especiales, debido a que la independencia y las garantías mínimas para su vigencia, como son las reglas de nombramiento, ratificación y la inamovilidad en el cargo –elementos que se contraponen al hecho de que el ente se parte del Poder Ejecutivo–, no se observan en el caso del Tribunal Fiscal.<sup>217</sup>

**El Tribunal Fiscal cumplirá con las características señaladas a pesar que se trata de un órgano que no cuenta con independencia. En efecto constituye un Tribunal Administrativo del Poder Ejecutivo que imparte justicia administrativa con alcance nacional, en la medida que resuelve impugnaciones en el ámbito administrativo tributario, materia que se vincula de manera directa con el derecho a la propiedad y el derecho a la igualdad, los que a su vez dan contenido, entre otros, a los principios constitucionales de capacidad contributiva, no confiscatoriedad y reserva ley.**<sup>218</sup>

El control de constitucionalidad de las normas tiene como fundamento, el cuidar la plena vigencia de la Constitución a través del principio de Supremacía Constitucional y garantizar los derechos fundamentales; sin embargo por la posición de los tribunales administrativos como órganos insertados en el Poder Ejecutivo y en el énfasis de la sentencia en función de los tribunales antes que en su independencia, ha generado la necesidad de establecer límites respecto del control de constitucionalidad de las normas que termina distorsionado la finalidad de esta institución.

Siendo uno de los límites que el control difuso administrativo procede sólo a petición de parte, conforme lo señala la jurisprudencia del TC; sin embargo, cabe la posibilidad de que excepcionalmente se aplique de **oficio**, siguiendo los lineamientos del TC, es decir, los alcances del control difuso de oficio no se limitan a las normas de creación de tributos que estén aplicadas en contra de la interpretación que respecto de ellas haya efectuado el TC, sino que también alcanzan a cualquier otra norma, que sea de aplicación por la Administración tributaria o el Tribunal Fiscal, entre las que adquieren

---

<sup>217</sup> Cfr. Isabel Chiri Gutiérrez, “El control difuso del Tribunal Fiscal. La paradoja del control difuso en un tribunal atado de manos”, ob.cit., pp. 157- 158.

<sup>218</sup> Ibídem, pp. 159.



una mayor incidencia la interpretación recaída sobre las normas vinculadas con el derecho al debido procedimiento y el derecho a la defensa.<sup>219</sup>

Al respecto, es decir sobre el control difuso de oficio, consideramos necesario citar un caso de amparo contra la SUNAT que dio origen al expediente N° 1803-2004-AA/TC (materia de análisis en contraste con la RTF N° 00026-1-2007), y en cuya resolución el TC estableció que el inciso 2 del artículo 4° de la Resolución N°. 112-2001/SUNAT (*se perderán los beneficios de la gradualidad si se impugnan la resolución que establece la sanción y el órgano resolutor la mantiene en su totalidad, quedando firme o consentida en la vía administrativa*) era una norma violatoria del derecho de defensa, del derecho de los recursos y a la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa. La resolución en referencia se encuentra a la fecha y regula el Reglamento del Régimen de Gradualidad para las infracciones consistentes en no otorgar comprobante de pago u otorgar documentos sin los requisitos y características para ser considerados como comprobante de pago.<sup>220</sup>

Así mismo, tenemos el caso de los arbitrios municipales que fueron declaradas inconstitucionales por el TC en algunos municipios, sin embargo, siguieron vigentes en otros, es decir, en aquellos que no fueron demandadas su inconstitucionalidad, pero que siguieron la misma línea de las ordenanzas inconstitucionales, por lo que al Tribunal Fiscal le tocó inaplicarlas en defensa de los derechos fundamentales de los contribuyentes.

### **3.4.2. Análisis de Resoluciones del Tribunal Fiscal en las que aplicó el control difuso**

Hasta el año 2006, el criterio uniforme del Tribunal Fiscal fue que la aplicación del control difuso era exclusivamente del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, en aplicación de lo previsto por los artículos 138 ° y 202 ° de la Constitución. Sin embargo, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 3741-2004-

---

<sup>219</sup> Ibídem, pp. 163.

<sup>220</sup> Isabel Chiri Gutiérrez, “El control difuso del Tribunal Fiscal. La paradoja del control difuso en un tribunal atado de manos”, ob.cit., pp. 163.

AA/TC es que se amplía esta facultad a los tribunales administrativos u órganos colegiados.

La precitada sentencia hace alusión a la regla sustancial y procesal en la que procede el control difuso dentro de la Administración Pública. Regla sustancial: *“Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.”*

Por su parte la regla procesal consiste en que el TC, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el TC (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.

Sentencia N° 3741-2004-AI/TC del TC que fue materia de aclaratoria, en la que se precisó que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte, en cuanto sea para dar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados o excepcionalmente de oficio, en la aplicación de los precedentes vinculantes o no del TC. En consecuencia por tener ese efecto vinculante, actualmente el Tribunal Fiscal viene inaplicando normas manifiestamente inconstitucionales, de los cuales citaremos algunos casos en las que este Tribunal aplica el control difuso.

### **Caso N°01: Ver texto completo anexo N° 02**

Resolución del Tribunal Fiscal (RTF) N°. 2006-1-00594, de fecha 31 de enero del 2006, mediante el cual se resuelve declarando infundada la solicitud de ampliación de la RTF N° 7515-1-2005 de fecha 09 de diciembre de 2005, solicitada por el contribuyente, aduciendo que el Tribunal Fiscal al momento de resolver no tomó en consideración lo dispuesto por el art. 102° del Código Tributario, sobre el control de legalidad que le compete, indicando además que se debe aplicar el art. 82° del Código Procesal Constitucional, es decir el Tribunal Fiscal debe seguir los lineamientos del TC.

Sin embargo, el Tribunal Fiscal señala que se pronunció en su momento respecto a los hechos controvertidos, así como al control de legalidad que le compete, es decir conforme lo dispuesto en el art. 102° del Código Tributario, que establece respecto a la jerarquía normativa.

**“Que sobre el particular le corresponde indicar que de la revisión del expediente se aprecia que este Tribunal se pronunció sobre todos los puntos controvertidos, debiéndose señalar con relación a la pretendida falta de pronunciamiento sobre el control de legalidad que compete al Tribunal Fiscal de acuerdo al art. 102° del Código Tributario, y a la supuesta confusión de los fines de su pretensión puesto que no solicitó la aplicación del control difuso de las normas sino el control de legalidad, que este Tribunal sí emitió pronunciamiento al respecto, siendo que en el considerando veintiuno de la Resolución N° 04676-4-2005 se señaló lo siguiente: *“Que respecto a la pretensión de la recurrente a fin que el Tribunal Fiscal aplique el control de legalidad, debe indicarse que en diversos pronunciamientos como el contenido de la Resolución N° 992-1-99, que constituye precedente de observancia obligatoria, se ha dejado establecido que si bien el art. 102° del Código Tributario dispone que el Tribunal Fiscal al resolver deberá aplicar la norma de mayor jerarquía, ello debe entenderse dentro de su fuero administrativo, no siendo competente para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes, pues de no ser así se estaría arrogando indebidamente el control difuso de la constitucionalidad de las normas, facultad que conforme lo dispuesto por el art. 138° de la Constitución, está reservada a los jueces y magistrados del Poder Judicial y al Tribunal Constitucional”***

Cita textual del pronunciamiento del Tribunal Fiscal, en la que evidenciamos que este tribunal tiene ciertos límites para aplicar el control difuso, conforme lo estableció el TC, toda vez que la ampliación solicitada por el contribuyente, respecto al control de legalidad, en la que solicita se tenga en consideración el art. 102° del Código Tributario, no invoca se aplique el control difuso para su caso, por lo que el Tribunal Fiscal se limitó en pronunciarse al respecto, debido a que la inaplicabilidad de una norma inconstitucional, es sólo a petición de parte, y como, en su oportunidad se pronunció respecto al control de legalidad, ya no correspondía pronunciarse al respecto, y, si el contribuyente no estaba de acuerdo con la resolución cuestionada no es la vía para reclamar sobre su validez, pudiendo acudir al poder judicial.

## **Caso N° 02: Ver texto completo en anexo N° 03**

La RTF N° 2007-2-04924, sobre el ITAN (impuesto temporal a los activos netos) que resuelve confirmando el recurso de apelación contra las resoluciones de Intendencia N° 0150140005312, N° 0150140005425, N° 0150140005586, N° 0150140005725 y N° 0150140005785, emitidas el 26 de julio, 31 de agosto, 29 de setiembre, 23 y 30 de noviembre de 2006 de los Principales Contribuyentes Nacionales de la SUNAT, que declararon inadmisibles las reclamaciones formuladas contra órdenes de pago sobre ITAN.

Uno de los argumentos de los apelantes es la exigencia del pago previo de la deuda tributaria, los mismos que fueron exigidos a través de órdenes de pago que se generaron a raíz de la propia declaración virtual (PDT- ITAN) de los contribuyentes, en el sentido que la exigencia del pago previo de las deudas impugnadas como condición para acceder a resolver una impugnación en sede administrativa, es un acto de la Administración tributaria sustentando en una norma violatoria de la Constitución, ya que el principio *solve et repete* obstaculiza, el acceso a la justicia.

Por lo que solicitan que el Tribunal Fiscal, por economía procesal y en aplicación del control difuso conozca el asunto de fondo respecto a la inaplicación del ITAN, y de las normas que sustentan los actos administrativos emitidos por la Administración Tributaria y que resulten contrarios a la Constitución.

El Tribunal Fiscal al momento de resolver el caso se pronuncia en el sentido que la Ley del ITAN N° 28424 no es inconstitucional, de conformidad a lo establecido por el TC, toda vez que *“el problema, no es determinar si un impuesto puede gravar, o no, la propiedad, sino establecer qué monto puede resultar contrario a la prohibición de confiscatoriedad. Y en ello por cierto, no son pertinentes consideraciones tales como que el contribuyente haya tenido ganancias, pérdidas o simplemente mantuvo su capital o activo fijo, que son exigibles –y éste Tribunal en su momento lo destacó– para impuesto destinados a gravar utilidades, ganancias o rentas, como se expuso en la STC N° 0646-1996-AA/TC (...) (STC N° 2727-2002-AA/TC)”*. En consecuencia no tiene sentido pronunciarse inaplicando la norma en cuestión, por considerarla constitucional.

Por otro lado el Tribunal Fiscal se pronuncia en el sentido que en el presente caso no se produce el principio de *sove et repete*, es decir pague primero y luego reclame, toda vez que, para que el contribuyente pueda impugnar las órdenes de pago en la vía administrativa una de las exigencias, de conformidad al art. 136° del Código Tributario, es requisito acreditar el pago previo de la totalidad de la deuda tributaria actualizada hasta la fecha en que se realice el pago, salvo que medien otras circunstancias que evidencien que la cobranza podría ser improcedente. Esto debido a que es el mismo contribuyente quien declara libremente el monto a pagar por el ITAN (impuesto temporal a los activos netos) y que no cumple con hacer efectivo la deuda tributaria.

No alcanzándole lo establecido en la Sentencia del TC recaída en el Exp. 3741-2004-AI/TC, toda vez que en esta se evidencia el pago de una tasa para impugnar un acto administrativo, en el cual, no debe ser exigible el pago previo de una tasa; cosa que no ocurre en el presente caso, ya que las órdenes de pago de una deuda tributaria no tienen nada que ver con el pago de una tasa para poder impugnar en la vía administrativa. Por lo que, no le corresponde al Tribunal Fiscal pronunciarse aplicando el control difuso en este extremo, es decir inaplicando las resoluciones de Intendencia, mediante el cual se declara infundada la reclamación de órdenes de pago de la deuda tributaria por el ITAN. Pronunciándose finalmente confirmando la decisión de la Administración y consecuentemente el pago del precitado impuesto.

Como evidenciamos del caso bajo análisis, el Tribunal Fiscal por el sólo hecho de que se le invoque inaplicar una norma inconstitucional a juicio de los contribuyentes, no significa que se deba pronunciar en ese sentido, es decir ejerciendo el control difuso por el sólo hecho de habérselo invocado; sino deben hacer todo un juicio de razonabilidad y procedibilidad antes de emitir pronunciamiento, teniendo siempre en consideración lo resuelto y establecido como precedente constitucional vinculante por el TC. Lo cual hicieron al momento de resolver el caso bajo comentario, toda vez que esbozaron un análisis completo sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión y las resoluciones de Intendencia, llegando a la conclusión de que no son inconstitucionales, por lo que deben ser aplicables y exigibles. Es decir, no procede el control difuso frente a normas evidentemente constitucionales y que así fueron ratificadas por el TC.

**Caso N° 03: Ver texto completo anexo N° 04:**

La Resolución del Tribunal Fiscal (RTF) N° 00026-1-2007, de fecha 05 de enero de 2007, sobre la Pérdida de Gradualidad<sup>221</sup> - *Reformatio In Peius*, es un caso en el que se aplica el control difuso de oficio. Resolución mediante la cual se declaró inaplicable la norma que establecía, se perderían los beneficios de la gradualidad si habiendo impugnado la resolución que establece la sanción, el órgano resolutor la mantiene en su totalidad y ésta queda firme y consentida en la vía administrativa, por resultar violatoria, entre otros, el derecho de defensa y de la garantía que impide la reforma peyorativa o *reformatio in peius*, en virtud al precedente establecido por el TC en un caso similar (Expediente N° 1803- 2004-AA/TC).

---

<sup>221</sup> Que por tanto y dado que en virtud del fallo contenido en el referido Exp. N° 1803-2004-AA/TC, se declaró inaplicable la norma que establecía que se perderán los beneficios de la gradualidad si habiéndose impugnado la resolución que establece la sanción, el órgano resolutor la mantiene en su totalidad y ésta queda firme y consentida en la vía administrativa, por resultar violatoria, entre otros, del derecho de defensa reconocido en el art. 139° inciso 14 de la Constitución y de la garantía que impide la reforma peyorativa o *reformatio in pejus*, garantía implícita en el texto constitucional como parte del debido proceso, corresponde a este Tribunal fallar en el mismo sentido, inaplicando al caso de autos el numeral 5.2 del artículo 5° de la Resolución de Superintendencia N° 159-2004/SUNAT, que contiene una disposición idéntica a la que fue materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional.

## CONCLUSIONES

- El control difuso de la constitucionalidad de las normas consiste en que los jueces de distintas jerarquías tienen la facultad de inaplicar normas contrarias a la Constitución, es decir, dejar de aplicar las disposiciones infra constitucionales que la contravengan manifiestamente. El cual implica que las juezas y jueces tienen que hacer todo una valoración y juicio de razonabilidad respecto del caso concreto. En tanto que los efectos del control difuso son *inter partes*, es decir, la norma considerada inconstitucional es evidenciada al momento de resolver un caso concreto, y se hace inaplicable sólo para ese caso como si nunca hubiera existido la norma.
- Por otro lado tenemos el control concentrado de la constitucionalidad de las normas, que surge en contraposición del control difuso; tuvo su origen en la Constitución austriaca allá en 1920, cuyo mentalizador fue Hans Kelsen, siendo su finalidad, declarar la inconstitucionalidad de la norma que se contraponga a la Constitución, realizado por un órgano especializado (Tribunal o Corte Constitucional) ya sea dentro de la esfera del poder judicial o fuera de esta. Se caracteriza por tener efectos *erga omnes*, es decir vinculante para todos, toda vez al declarar la inconstitucionalidad de una norma, la saca del ordenamiento jurídico.
- El control difuso tuvo su desarrollo a partir del caso concreto *Marbury vs Madison* allá en 1803 en Estados Unidos, en la que el Juez Marshall al resolver el caso concreto, en la que se le solicita aplicar una disposición judicial para ratificar en el cargo al flamante Juez de Paz Marbury, pero, el dispositivo de nombramiento contravenía la Constitución, por lo que el Juez Marshall, resuelve el caso inaplicando la norma considerada inconstitucional y niega su nombramiento. Deja, así sentada como precedente vinculante, que la Constitución es la norma suprema y Ley soberana de la Nación y que ninguna otra disposición está por encima de ella.
- En los países latinos es bien acogida este modelo de control constitucional, que más adelante también fue copiada el control concentrado de la Constitución,

perfilándose el control mixto o paralelo de la Constitución, en la que los dos sistemas de control constitucional combinan muy bien sin contraponerse la una de la otra, toda vez que el control difuso se la encarga al poder judicial y el control concentrado a un órgano especializado como es el caso del Tribunal o Corte Constitucional. Claro ejemplo de esta combinación lo evidenciamos en los países de Venezuela, Colombia, Chile, Perú, Uruguay, Bolivia, Ecuador, entre otros países.

- El control difuso que inicialmente era encargado al poder judicial, ahora, al menos en el caso peruano evidenciamos que se hizo extensivo a los Tribunales administrativos y órganos colegiados administrativos independientes que imparten justicia administrativa de carácter nacional. Sin embargo, al hacer un análisis normativo constitucional de los países andinos, evidenciamos que estarían dentro de esta posibilidad los países de Colombia y Ecuador. Sólo que no tenemos casos concretos en los que efectivamente los tribunales u órganos colegiados administrativos hayan invocado el control difuso para resolver un conflicto en sede administrativa. En el caso de Bolivia evidenciamos que tienen un importante apego al principio de legalidad.
- Respecto al control difuso surge una particularidad en Ecuador, en la que la Constitución actual en su art. 428° dispone que en caso de duda razonable sobre la constitucionalidad de una norma, los jueces deben remitir el caso concreto a la Corte Constitucional, quien finalmente realizará una valoración completa sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión. Sin embargo, el art. 426 hace alusión a la aplicación directa de la Constitución, infiriéndose de ello una especie de control difuso, en la que las normas que la contraríen no deberían aplicarse.
- Tanto Colombia como Perú son claros en señalar que corresponde a los jueces inaplicar las normas infra constitucionales que la contraríen a la Constitución, esto se entiende al momento de atender los casos concretos.



- La redacción del texto constitucional ( en que país?)actual respecto al control difuso no es claro, haciendo alusión en su art. 109° que todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.
- El control difuso administrativo en el Perú, es facultad de los Tribunales administrativos y órganos colegiados que imparte justicia administrativa de carácter nacional. Figura jurídica que fue implementada por el TC, con la finalidad de garantizar la plena vigencia de la Constitución y la protección de los derechos humanos, logrando así, desarrollar la doctrina constitucional, dotándose de mayores garantías a los administrados y contribuyentes.
- El TC al establecer la figura jurídica del control difuso administrativo, ha delineado sus límites y parámetros dentro de los cuales se deben aplicar, siendo éstos: sólo en tribunales y órganos colegiados que imparten justicia a nivel nacional, sólo a petición de parte y excepcionalmente de oficio siempre y cuando exista pronunciamiento por el TC.
- Respecto al control difuso administrativo, cabe señalar que se hizo unas cuantas entrevistas a miembros del Tribunal Fiscal, quien hacen referencia que este tipo control, al menos en el Tribunal en la que laboran tuvo un impacto positivo, dado que, permitió a muchos municipios ordenarse y cuidarse de producir ordenanzas violatorias de la Constitución.
- Esta innovación jurídica, también permitió a que los vocales del Tribunal Fiscal estén más atentos a los pronunciamientos del TC y estén llanos a velar por la constitucionalidad de las normas y garantizar los derechos fundamentales de los contribuyentes. Además, esta figura jurídica, evidencia una estrecha relación entre el derecho tributario y el derecho constitucional, disciplinas jurídicas que debe ir siempre de la mano con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de los contribuyentes que es el fin último de la Constitución.

## RECOMENDACIONES

- De la elaboración de la tesis, evidenciamos que la figura jurídica del control difuso administrativo fue cuestionado por algunos constitucionalistas, así como por administrativistas nacionales, quienes se pronunciaron en contra de esta figura jurídica, debido a que no está establecido expresamente en la Constitución y los argumentos de hecho del Tribunal Constitucional no guardan relación con los argumentos jurídicos, tratando de forzar la figura. En ese sentido, recomendamos básicamente al Congreso de la República, modificar el tenor del segundo párrafo del art. 138° de la Constitución que enuncia “*en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera...*”; pudiendo ser “**en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces, vocales de los tribunales administrativos y órganos colegiados que administran justicia con carácter nacional preferir la primera**”. Esto con la finalidad de garantizar la atribución de estos tribunales y hacer efectivo el control difuso, a su vez evitando los pronunciamientos en contra, bajo el argumento de que la figura jurídica del control difuso administrativo no está expresamente en la Constitución.
- Otra recomendación básicamente a los vocales del Tribunal Fiscal, mayor preparación en temas constitucionales, toda vez que la relación del derecho tributario con el constitucional se hace más cercana y latente, a su vez estar capacitados para velar por la salvaguarda de los derechos fundamentales y la plena vigencia de la Constitución.
- Es deseable que el Tribunal Constitucional debe fundamentar mejor los precedentes constitucionales vinculantes, valiéndose de la doctrina nacional e internacional, teniendo en consideración el texto constitucional y la realidad jurídica. Toda vez que en el caso bajo análisis, lo que hicieron es forzar la figura del control difuso administrativo, ya que no está establecido expresamente en la

Constitución. Sin embargo, no estamos en contra de la dicha figura, dado que se evidencian rasgos positivos en su aplicación, sino que se debió fundamentar mejor y evidenciar que se ha creado derecho y que para ello el TC está facultado, conforme establece el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y no hacer alusión que se infiere tal figura jurídica de los textos del art. 51° y 138° de la Constitución, en tanto que estos dispositivos son expresos y no hacen alusión de ningún modo al control difuso por Tribunales administrativos ni órganos colegiados que imparten justicia administrativa de carácter nacional.

- A los lectores interesados en el tema, profundizar la investigación del control difuso administrativo en los países andinos o latinoamericanos, teniendo como base esta tesis, con la finalidad de enriquecer sus conocimientos jurídicos y hacer un buen derecho comparado.

## BIBLIOGRAFÍAS

- Abad Yupanqui, Samuel, “La Jurisdicción constitucional en el Perú: Antecedentes, balance y perspectivas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Samuel Abad Yupanqui, et. al., 1ra. Edición Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1996.
- Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- Brewer- Carias, Allan Randolph “Control de la Constitucionalidad. La Justicia Constitucional”, en *El Derecho Público de Finales del Siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Eduardo García de Enterría y Manuel Clavero Arévalo (coordinadores), Ed., Civitas, Madrid, 1997.
- Brewer- Carias, Allan Randlph, “El Sistema Mixto Integral de Control de Constitucionalidad en Colombia y Venezuela”, en *Anuario de Derecho Constitucional en Latinoamericano*, Samuel B. Abad Yupanqui, et. al., Edit. Biblioteca Jurídica Diké, 1ra. Edición, Medellín, 1996.
- Bustamante Alarcón, Reynaldo, “Control Difuso y Administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de constitucionalidad normativa?”, en *Revista Jurídica del Perú N° 41*, Trujillo, 2002.
- Bullard González, Anfredo y Higa Silva, César “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grandez Castro (coordinadores), Palestra del Tribunal Constitucional, revista mensual de jurisprudencia. Edit. Palestra, Lima, 2007.
- Castillo Córdova, Luis, “Administración pública y control de constitucionalidad de las leyes”, en *La Defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia constitucional*, Carpio Marcos, Edgar y Grández Castro, Pedro (coordinadores), Palestra Editores, Lima, 2007.
- Castro Ausejo, Sheila, “Control Difuso: ¿Potestad de la Administración?”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Juan José Díez Sánchez, et. al., Ediciones Iuris Consulti S.A.C., Lima, 2006.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo, “La Jurisdicción Constitucional Colombiana” en *Una mirada a los Tribunales Constitucionales, las experiencias recientes. Serie de lecturas constitucionales andinas N° 04*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.

Corrales, Roberto, *La Justicia constitucional en Bolivia. Hacia el fortalecimiento del régimen democrático*, ediciones Abyayala, Corporación editora nacional, Quito, 2003.

Chiri Gutiérrez, Isabel, “El control difuso del Tribunal Fiscal. La paradoja del control difuso en un tribunal atado de manos”, en *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grandez Castro (coordinadores), Palestra del Tribunal Constitucional, revista mensual de jurisprudencia. Edit. Palestra, Lima, 2007.

Del Pozo, Claudia, *Control Difuso y Procedimiento Administrativo*, Palestra Editores, Lima, 2005.

Donayre Monstesinos, Christian, “Precedente Constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional”, en *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, César Landa Arroyo (Director), Año III, N°. 5, enero- junio, Lima, 2007.

Eguiguren P., Francisco J., “Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú”, en *Memorias VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador Florentino Donato Giannotti*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

Fernández Segado, Francisco, “La Jurisdicción Constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia”, en *Una Mirada a los Tribunales Constitucionales. Experiencias recientes, Serie de lecturas constitucionales andinas N° 04, Una Mirada Reciente a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.

García Belaúnde, Domingo, “La Jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, en el *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Conmemoración de los 506 del Nacimiento del pensador Florentino Donato Giannotti*, Héctor Fix Zamudio, et. al., Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

García Pelayo, M., “El Status del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 1 Madrid, 1981.

Grijalva, Agustín, “El Control Constitucional en el Ecuador y Colombia”, obra inédita del Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2006.

Gudiño Pelayo, José de Jesús “Lo confuso del control difuso de la Constitución. Propuesta de interpretación del artículo 133° Constitucional”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como Investigador del Derecho*, Eduardo Ferrer Mc Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Tomo III, Ed., Marcial Pons, México, 2008.

- Haro García, José Vicente, “El Control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: su Estado actual de la cuestión”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudio en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Eduardo Ferrer Mc- Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de la Rea (coordinadores), Tomo III, Marcial Pons, México, 2008.
- Haro, Ricardo, “Tribunales y Salas Constitucionales en Iberoamérica”, “Tribunales y Salas Constitucionales en Iberoamérica”, en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en Conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador Florentino Donato Giannotti*, Héctor Fix Zamudio. et.al., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- Landa Arroyo, César, “Los precedentes Constitucionales”, en *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, César Landa Arroyo (Director), Año III, N°. 5, enero-junio, Lima, 2007.
- Montoya Chávez, Víctor Hugo, “El stare decisis constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales”, en *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, César Landa Arroyo (Director), Año III, N°. 5, enero- junio, Lima, 2007.
- Morales Saravia, Francisco, “Tribunales Administrativos y Control Constitucional”, en *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grandez Castro (coordinadores), Palestra del Tribunal Constitucional, revista mensual de jurisprudencia. Edit. Palestra, Lima, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- Ríos Álvarez, Lautaro, “El Control difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile”, en *Ius et Praxis: Derecho en la Región. Reformas Constitucionales*, René Valdivieso Guzmán, et. al., Ed. Universidad de Talca, Talca, 2002.
- Rolla, Giancarlo, *Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*, Instituto mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editora Porrúa, México, 2006.
- Sagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, editorial Trotta S.A., Segunda Edición, 1997.
- Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, “El artículo 133° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como instrumento de interpretación constitucional de los jueces de legalidad (posible aproximación a un control difuso de constitucionalidad de carácter legítimo en México)”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*. Tomo III, Eduardo Ferrer Mc Gregor y

Arturo Zaldívar Lelo de la Rea (Coordinadores), editorial Marcial Pons, México 2008.

Sagüés, Néstor Pedro “La Justicia Constitucional y el control de la ley en América Latina”, en *La Justicia Constitucional en la actualidad*, Luis López Guerra (coordinador); Corporación Editora Nacional, Quito, 2002.

Salgado Pesantes, Hernán, “El Control Constitucional en la Carta Política del Ecuador”, en *Una mirada a los Tribunales Constitucionales*, Serie de Lecturas Constitucionales N° 4, Comisión Andina de Juristas –Honrad– Adenauer– Stiftung, Lima, 1995.

Spisso, Rodolfo R. *Acciones y Recursos en Materia Tributaria*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

Torres, Luis Fernando *El control de la Constitucionalidad en el Ecuador*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1987.

Urcullo Reyes, Jaime, “El Control Constitucional en Bolivia antes de 1994. Legislación y Jurisprudencia”, en *Serie de Lecturas Constitucionales Andinas N° 04, Una Mirada Reciente a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.

[http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional\\_05.html](http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional_05.html), visitado el 26 de setiembre de 2010.

[http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional\\_05.html](http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional_05.html), visitado el 26 de setiembre de 2010.

[http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/RII\\_WDR.pdf](http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/RII_WDR.pdf), visitado el 02/10/2010.

<http://www.derechoycambiosocial.com/revista004/control.htm>, visitado el 10 de octubre de 2010.

<http://www.monografias.com/trabajos76/control-difuso-metodo-control-constitucional/>, visitado el 12/10/2010.

[http://www.araqueasociados.com/es/Introduccion\\_Procedimiento\\_Tributario.pdf](http://www.araqueasociados.com/es/Introduccion_Procedimiento_Tributario.pdf), visitado el 10/10/2010

<http://webcache.googleusercontent.com/> visitado el 26/10/2010

[www.tribunal.mef.gob.pe](http://www.tribunal.mef.gob.pe)

[www.dian.gov.co](http://www.dian.gov.co)

## **DOCUMENTOS LEGALES**

Constitución Política de Honduras de 1982

Constitución de Uruguay de 1997

Constitución de El Salvador de 1983

Constitución de Paraguay de 1992

Constitución Política de Venezuela de 1999.

Constitución Política de Colombia de 1991

Constitución Política de Ecuador de 1998

Constitución Política de Guatemala de 1985

Constitución Política de Chile de 1980.

Constitución Política de Ecuador de 1979

Constitución de la República del Ecuador de 2008

Constitución de Bolivia de 1878

Constitución de Bolivia de 1967.

Constitución de Bolivia de 1994.

Constitución de Perú de 1933

Constitución Política del Perú de 1979

Constitución de 1993

Reglamento del Congreso de la República del Perú

Ley de Modernización del Estado ecuatoriano.

Constitución de Colombia de 1886

Ley 153 de 1887 del Estado de Colombia

Decreto Legislativo N° 3 de 1910 de Colombia

Código Contencioso Administrativo de Colombia

Código Tributario de Bolivia

Código Procesal Constitucional del Perú

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Ley Orgánica del Poder Judicial 1963 de Perú

Código Tributario del Perú

Ley de Procedimiento Administrativo General N°27444 del Perú



# **ANEXOS**

# **ANEXO N° 01**

**Sentencia N° 3741-2004- AA/TC**

**EXP. N.º 3741-2004-AA/TC**

**LIMA**

**RAMÓN HERNANDO**

**SALAZAR YARLENQUE**

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 14 días del mes de noviembre de 2005, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, presidente; Bardelli Lartirigoyen, vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

### **ASUNTO**

Recurso extraordinario interpuesto por don Ramón Hernando Salazar Yarlenqué contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 66, su fecha 30 de enero de 2004, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

### **ANTECEDENTES**

Con fecha 14 de febrero de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad de Surquillo, solicitando que se ordene a la emplazada admitir a trámite sus medios impugnatorios sin la exigencia previa de pago de la tasa que por tal concepto tiene establecido en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos.

Aduce el demandante que tras haberle impuesto una multa la entidad emplazada se presentó en la municipalidad a efectos de impugnar dicha decisión, pero se le exigió previamente el pago de quince nuevos soles (S/. 15.00) por concepto de tasa impugnación, conforme al TUPA de la referida entidad edil, agregando que la exigencia de dicho pago vulnera su derecho de petición, así como su derecho de defensa como elemento del debido proceso que consagra la Constitución.

La emplazada contesta la demanda contradiciendo de modo sustancial sus argumentos. Sostiene que la Constitución, en su artículo 192º, inciso 3, reconoce competencia a los municipios para crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, y que sobre dicha base, ha establecido en su TUPA el pago por los conceptos de presentación de documentos cinco soles y por concepto de impugnación diez soles, los cuales se encuentran debidamente sustentados en su estructura de costos.

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 6 de junio de 2003, declara infundada la demanda considerando que el monto establecido por concepto de impugnación, así como el que se establece por concepto de recepción de documentos, ascendente en total a la suma de quince nuevos soles, se encuentra previsto en el TUPA de la municipalidad emplazada. Argumenta también que dicha norma ha sido expedida conforme al Código Tributario y que, por ello, no se están violando los derechos del recurrente, tal como este alega.

La recurrida confirma la apelada con argumentos similares.

## FUNDAMENTOS

1. Mediante el presente proceso de amparo constitucional, el demandante solicita que se ordene a la Municipalidad Distrital de Surquillo admitir a trámite los medios impugnatorios que desea hacer valer frente a una resolución de multa emitida por dicha entidad, sin que por ello tenga que pagar previamente un derecho de trámite que la municipalidad emplazada ha establecido y que el recurrente considera violatorio de sus derechos constitucionales de defensa y de petición, consagrados en los artículos 139°, inciso 3 y 2° inciso 20, de la Constitución, respectivamente.
  2. Antes de evaluar el fondo de la controversia, es necesario precisar que el pago que la Municipalidad emplazada ha establecido como condición para atender el escrito de impugnación del recurrente, comprende en realidad dos conceptos claramente separados conforme al propio TUPA de la referida municipalidad. Así, en el rubro 1 de la Ordenanza N.º 084/MDS, referido al cobro por concepto de *Recursos impugnativos*, se fija para el caso, tanto del recurso de reconsideración como del recurso de apelación, la suma de diez nuevos soles, mientras que en el rubro N° 7, referido a la *Recepción de documentos en general*, se fija como monto la suma de cinco nuevos soles.
  3. Este Tribunal considera que lo que en realidad se está cuestionando por contravenir los derechos de petición y de defensa, es el concepto referido al cobro por “derecho de impugnación”, consignado en el rubro 1 del TUPA de la municipalidad emplazada. En consecuencia, este extremo será materia de análisis por parte de este Colegiado.
- §1. Control de constitucionalidad y control de legalidad de los actos de la administración
4. En primer lugar, resulta pertinente atender que tanto el juez de instancia como el colegiado que atendió el recurso de apelación no se han referido a la dimensión constitucional de los hechos planteados por el recurrente, puesto que ambos se han

limitado a verificar si la imposición del pago previsto para impugnar una decisión de la municipalidad emplazada, se ha ajustado a las normas infraconstitucionales como el Código Tributario o la propia Ordenanza Municipal N° 084/MDS, que aprobó el TUPA de la municipalidad demandada, donde, en efecto, se encuentra previsto el cobro de un derecho por concepto de presentación de recursos impugnatorios. En este sentido, el *a quo*, luego de verificar que el monto establecido por concepto de apelación se encuentra regulado en el respectivo TUPA de la municipalidad, que se enmarca dentro de los parámetros establecidos por el Código Tributario, concluye que “(...) no se estaría vulnerando (el) derecho a la defensa (del recurrente)” (fundamento jurídico sexto de la sentencia).

5. Un razonamiento en este sentido obliga a este Tribunal a hacer algunas precisiones previas. En primer lugar, se debe recordar que tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los actos de la administración pública, que tienen como sustento una ley, son conformes los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra. Este deber, como es evidente, implica una labor que no solo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200.º, inciso 4, de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138.º).
6. Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentran sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley – más aún si esta puede ser inconstitucional – sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica

de la Constitución, al prever que «[l]as autoridades administrativas deben actuar *con respeto a la Constitución*, la ley y al derecho (...)» (énfasis agregado).

7. De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138.º, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.
8. Una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del artículo 138.º de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal. Evidentemente, esta forma de interpretar la disposición aludida contradice abiertamente el artículo 51º, el cual señala que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)».
9. Por tanto, el artículo 138.º no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.º antes señalado, más aún si ella misma (artículo 38.º)

impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla. Es coherente con ello el artículo 102º del Código Tributario, cuando precisa que «[a]l resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía (...)»; es decir, aquellas disposiciones de la Constitución que, en este caso, se manifiestan a través de los principios constitucionales tributarios y de los derechos fundamentales que están relacionados con dichos principios.

10. En segundo lugar, está de por medio también la *eficacia vertical* de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la administración pública. Y es que en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –*eficacia vertical*– como de los particulares –*eficacia horizontal*–; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual –*dimensión subjetiva*–, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora –*dimensión objetiva*–.
11. Esta incidencia de los derechos fundamentales en el Estado constitucional implica, por otra parte, un redimensionamiento del antiguo principio de legalidad en sede administrativa, forjado en el siglo XIX en una etapa propia del Estado liberal. Si antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce. Por eso mismo, es pertinente señalar que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso –*dimensión objetiva*–, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos –*dimensión subjetiva*–.
12. Por ello es intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto. En definitiva, esta

forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (artículo 1.º).

13. En el Derecho constitucional comparado –es el caso puntual del ordenamiento chileno–, se admite, por ejemplo, que un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa. El control que realiza esta entidad administrativa

(...) es, como es obvio, un control estrictamente jurídico, en el que la Contraloría confronta la actuación administrativa reglamentaria o singular, contenida en un decreto o resolución, con el ordenamiento jurídico en su conjunto, haciendo primar este último por sobre aquélla, como consecuencia del principio general de legalidad que establece el propio Art. 7º CPR. Sin embargo, es en el control de los aspectos constitucionales de la actuación administrativa donde la actividad fiscalizadora de la Contraloría adquiere mayor entidad, en la medida que su pronunciamiento no puede ser “salvado” mediante la insistencia gubernamental, ya que –se considera– al estar el decreto o resolución en pugna –aparentemente– con la Constitución, pone en peligro valores, principios o derechos de la más alta consideración en el ordenamiento.

14. Por ello, nada impide –por el contrario, la Constitución obliga– a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, tal como lo dispone el artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que sanciona con nulidad el acto administrativo que contravenga la Constitución, bien por el fondo, bien por la forma; siempre, claro está, que dicha declaración de nulidad sea conforme a la Constitución y/o a la interpretación del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.



15. En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esta forma de concebir el principio de legalidad se concretiza, por ejemplo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando señala que la actuación de la administración pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello sólo es posible de ser realizado «(...) **garantizando los derechos** e intereses de los administrados y **con sujeción al ordenamiento constitucional** y jurídico en general» (énfasis agregado).

16. De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38.º, 51.º y 201.º de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático.

17. Sentadas estas premisas, la controversia en el presente caso se centra en determinar si el establecimiento del pago de derechos por parte de la municipalidad emplazada, como requisito para tramitar la impugnación de una decisión de la propia entidad, pese a estar plenamente reconocido en el TUPA de la referida municipalidad, resulta, no obstante, violatorio de los derechos constitucionales al debido proceso administrativo, a la defensa, a la tutela judicial efectiva y de petición que consagra nuestra Carta Fundamental.

§2. Debido procedimiento administrativo y derecho de impugnación de los actos de la administración

18. Conforme a la jurisprudencia de este Colegiado, el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139.º de la Constitución, no sólo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha

establecido, a “(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana”. (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).

19. Entendido como un derecho constitucionalmente reconocido, el debido procedimiento administrativo comprende, entre otros aspectos, el derecho a impugnar las decisiones de la administración, bien mediante los mecanismos que provea el propio procedimiento administrativo o, llegado el caso, a través de la vía judicial, bien mediante el contencioso-administrativo o el propio proceso de amparo. En este último supuesto, el derecho de impugnar las decisiones de la administración confluye con el derecho de acceso a la jurisdicción cuando no existan vías propias dentro del propio procedimiento administrativo, o cuando estas se hayan agotado y causado estado en la decisión final de la administración.
20. El recurrente sostiene, en efecto, que la exigencia del pago previo de una tasa para recibir y dar trámite a su escrito de apelación contra un acto administrativo que considera contrario a sus intereses, afecta su derecho de defensa en sede administrativa y, por tanto, vulnera el debido procedimiento administrativo. Por su parte, al contestar la demanda, la municipalidad emplazada aduce que dicho cobro es por la “(...) realización de un acto administrativo que deseaba efectuar el actor”, el cual se encuentra plenamente reconocido en el TUPA y que, por ello, no puede ser inconstitucional. El Tribunal Constitucional no comparte el argumento de la emplazada, puesto que el hecho de que un acto se sustente en una norma o reglamento no le otorga necesariamente naturaleza constitucional, ni descarta la posibilidad de que este Colegiado efectúe el control jurisdiccional. Esta tesis es, en todo caso, contraria al Estado Democrático, donde rige el principio del control jurisdiccional de la administración y en el que, desde luego, el parámetro de control, como ya ha quedado dicho, no es la Ley ni el reglamento, sino la Constitución.
21. El debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las

posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica.

22. **En conclusión, este Tribunal estima que, en el presente caso, el establecimiento de una tasa o derecho como condición para ejercer el derecho de impugnar la propia decisión de la Administración, vulnera el debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución.**

### **§3. El derecho de defensa y el derecho de recurrir el acto administrativo**

23. Íntimamente vinculado a lo anterior está el tema del derecho de defensa del ciudadano frente al ejercicio del poder de sanción de la administración, sobre todo si se tiene en cuenta que, en el presente caso, se encuentra regulada una instancia de apelación en el propio procedimiento administrativo, por lo que el Tribunal estima que, en el caso de autos, el derecho de defensa previsto en el artículo 139.º, inciso 14), despliega todos sus efectos. Desde luego, el derecho de recurrir una decisión de la administración no debe confundirse con el derecho al recurso o con el derecho a una doble instancia administrativa, que, como ya tiene dicho este Colegiado, no logra configurarse como un derecho constitucional del administrado, puesto que no es posible imponer a la administración, siempre y en todos los casos, el establecimiento de una doble instancia como un derecho fundamental. El derecho de recurrir las decisiones de la administración comporta la posibilidad material de poderlas enervar, bien en el propio procedimiento administrativo, cuando la ley haya habilitado un mecanismo bien en todo caso, de manera amplia y con todas las garantías, ante el Poder Judicial, mediante el proceso contencioso administrativo o, incluso, a través del propio recurso de amparo cuando se trate de la afectación de derechos fundamentales.

24. El derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. Se conculca, por tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios

legales suficientes para su defensa, o cuando, como ocurre en el presente caso, se establezcan condiciones para la presentación de los argumentos de defensa.

Evidentemente, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios legales para la defensa produce un estado de indefensión reprochable constitucionalmente. Esta sólo adquiere tal relevancia cuando la indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo o cuando, como ocurre en autos, se establecen condicionamientos al ejercicio mismo del derecho de defensa. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, criterio que este Colegiado comparte, esta se produce “(...) únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos (...) con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (...)” (STC 15/2000), tras la realización de un acto u omisión imputable al órgano o ente al que se reputa la comisión del agravio.

25. El derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. Sus elementos esenciales prevén la posibilidad de recurrir la decisión, ya sea al interior del propio procedimiento administrativo o a través de las vías judiciales pertinentes; la posibilidad de presentar pruebas de descargo; la obligación de parte del órgano administrativo de no imponer mayores obstrucciones para presentar los alegatos de descargo o contradicción y, desde luego, la garantía de que los alegatos expuestos o presentados sean debidamente valorados, atendidos o rebatidos al momento de decidir la situación del administrado.
26. En el presente caso, el Tribunal estima que también se pone en riesgo este derecho constitucional cuando la municipalidad emplazada solicita el pago de una tasa para ejercer el derecho de impugnar una sanción administrativa, como lo es la determinación de multa en contra del recurrente. En tal sentido resulta inconstitucional y, por tanto, inaplicable al recurrente la disposición contenida en la Ordenanza Municipal N.º 084/MDS, que establece el pago de diez nuevos soles por concepto de

recursos impugnativos, correspondiente a la Unidad Orgánica Oficina de Secretaría General, rubro 1.

#### **§4. La imposición del pago de un *derecho por recurrir un acto de la administración* incentiva la arbitrariedad de los actos de poder**

27. Al momento de presentar su “expresión de agravios” frente a la decisión del *a quo*, el recurrente ha arquido que “(...) de admitirse como legítima la facultad de la administración para cobrar un derecho administrativo por recepcionar recursos de impugnación contra las sanciones que impone, se estaría creando una nueva fuente de recursos financieros municipales sustentados en la arbitrariedad. En tal caso, ya no importaría si la multa finalmente será pagada, sino que el solo hecho de pretender impugnarla habrá de constituir un ingreso para la administración”.
28. Si bien debe presumirse que toda actuación de los poderes públicos tiene como marco de referencia la observancia del principio de buena fe y la defensa del interés general, también debe aceptarse que el razonamiento del recurrente resulta materialmente plausible. Aun no reconociendo esta posibilidad como real en el contexto del caso planteado, este Tribunal estima que la presencia de cuotas o derechos por concepto de impugnación de los propios actos de la administración, en el mejor de los casos, no incentiva la participación del ciudadano en el control de los actos del poder público y genera una interferencia cuestionable para el desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho.

En consecuencia, también desde esta perspectiva, el establecimiento del pago de un derecho para impugnar una decisión de la administración es atentatorio del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público y, además, desde una perspectiva más general, estimula comportamientos contrarios al espíritu que debe inspirar una práctica administrativa democrática.

#### **§5. El derecho de petición y su desarrollo constitucional**

29. El recurrente también ha señalado en su escrito de demanda y en su recurso extraordinario que el pago de un derecho previo a la presentación de un escrito de impugnación de una resolución de la municipalidad emplazada afecta su derecho constitucional de petición, previsto en el artículo 2.º, inciso 20, de la Constitución.
30. El derecho de petición ha merecido atención de este Colegiado en más de una oportunidad. En la STC. 1042-2002-AA/TC, se ha establecido que este “(...) constituye (...) un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos y, como tal, deviene en un instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho”. (Fundamento jurídico 2.2.2).
31. Un mayor desarrollo del derecho de petición se encuentra en la 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, 27444, específicamente en los artículos 106.º a 112.º, que bien puede considerarse una ley de desarrollo del derecho constitucional de petición. Así, en el artículo 106.2, al referirse al ámbito de actuación de este derecho, se ha incluido el derecho “de contradecir actos administrativos”. De este modo, el derecho de petición, como cláusula general, comprende:
1. La facultad (derecho) de presentar escritos de solicitud ante la administración como peticiones individuales o colectivas. Estos escritos pueden contener: a) solicitudes concretas a favor del solicitante; b) solicitudes a favor de terceros o de un colectivo; c) reclamaciones, por ejemplo, por la deficiencia de los servicios públicos; d) solicitudes de información; e) consultas; o, f) solicitudes de gracia. Todas estas manifestaciones del derecho de petición tienen en común el hecho de que se desarrollan al margen de un procedimiento instaurado ya sea de oficio o a instancia del administrado, constituyéndose, si se quiere, como un derecho incondicional y espontáneo que surge de la simple dimensión ciudadana del sujeto que se vincula de este modo con el poder público a través de un documento escrito.
  2. La facultad (derecho) de contradecir las decisiones de la administración. Esta es una dimensión que difiere de las manifestaciones anteriores, en tanto estamos ante el supuesto de un acto previo de parte de la administración, iniciado de oficio o a instancia de parte. El legislador nacional ha incluido esta dimensión del derecho de

petición aun a contracorriente de la doctrina, que siempre ha diferenciado el derecho de *queja* o el derecho al *recurso* administrativo del derecho de *petición*. En consecuencia, en el derecho nacional, el derecho de contradicción como un derecho genérico ejercitable contra los actos de la administración, puede concretarse a través de los recursos administrativos cuando la legislación así lo establezca, o a través del propio proceso contencioso-administrativo ante el Poder Judicial.

3. Tratándose del ejercicio de un derecho subjetivo, el derecho de petición impone, al propio tiempo, una serie de obligaciones a los poderes públicos. Esta obligación de la autoridad competente de dar al interesado una respuesta también por escrito, en el plazo legal y bajo responsabilidad, confiere al derecho de petición mayor solidez y eficacia, e implica, entre otros, los siguientes aspectos: a) admitir el escrito en el cual se expresa la petición, sin poner ninguna condición al trámite; b) exteriorizar el hecho de la recepción de la petición, extendiendo un cargo de ingreso del escrito; c) dar el curso correspondiente a la petición; d) resolver la petición, motivándola de modo congruente con lo peticionado, y e) comunicar al peticionante lo resuelto.

32. Sin duda, en el presente caso, el derecho constitucional de petición también se ha visto afectado en su dimensión de contradicción del acto administrativo. Ello porque se ha impuesto al recurrente una condición para el ejercicio de tal derecho, impidiéndosele la presentación de su escrito para oponerse al acto administrativo que consideraba contrario a sus derechos.

#### **§6. El derecho de acceso a la jurisdicción y el establecimiento de costos en el agotamiento de la vía previa**

33. Visto de cara a la posibilidad de impugnar la decisión de fondo de la municipalidad emplazada en un procedimiento contencioso o en un amparo, si acaso dicha decisión contuviera una decisión que afectara de manera inminente un derecho fundamental, el tema aquí planteado también puede enfocarse desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción. Es decir, se trata ahora de responder a la pregunta de si el establecimiento de una tasa o derecho, toda vez que estamos aún en un procedimiento

ante la propia administración, ¿no supone acaso un obstáculo para la satisfacción del derecho de acudir ante la instancia judicial impugnando una decisión de la administración municipal?

34. En la STC. 2763-2002-AA/TC, este Tribunal declaró que el derecho de acceso a la jurisdicción formaba parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido por el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. Si bien este aspecto no ha sido invocado por el recurrente, el Tribunal estima necesario hacer notar que, a la luz de la configuración del sistema jurídico con relación a la tutela judicial de los derechos, el establecimiento de un pago para dar por agotada la vía administrativa se convierte, en la práctica, en un obstáculo contrario al derecho constitucional de toda persona de acceder sin condicionamientos a la tutela judicial.
35. **Debe recordarse, a modo de precedente jurisprudencial, que en la sentencia 3548-2003-AA/TC, con ocasión de declarar que el principio *solve et repete* era contrario al derecho de acceso a la jurisdicción, se estableció que el condicionamiento del pago previo para impugnar una decisión de la Administración Tributaria constituía una restricción desproporcionada que la hacía contraria a la Constitución. Hoy, con igual fuerza, debe afirmarse que también el pago, ya no de la multa como ocurría en el caso del “pague primero y reclame después”, sino de la tasa para enervar la multa, mediante el recurso impugnativo respectivo, constituye igualmente una interferencia económica del derecho de acceso a la jurisdicción que como derecho constitucionalmente reconocido no puede ser condicionado bajo ningún supuesto.**

#### **§7. Necesidad de establecer el presente caso como precedente**

36. A raíz de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, se ha introducido en nuestro sistema jurídico el concepto de precedente constitucional vinculante. Ello comporta, de manera preliminar, que el Tribunal Constitucional tiene dos funciones básicas; por un lado resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros. La



cuestión que debe esclarecerse, no obstante, es cuándo el Tribunal debe dictar un precedente.

37. En la clásica tradición del *Common Law* norteamericano, tres son los presupuestos básicos que tiene en cuenta la Suprema Corte para dictar un precedente con efectos vinculantes sobre toda la judicatura a la que por excelencia se dirige el mensaje del precedente jurisdiccional; a saber:

- A) En primer lugar, la Corte dicta un precedente con efectos vinculantes cuando evidencie que en los niveles inferiores de la judicatura se dan distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a un caso determinado.
- B) La segunda razón que amerita el dictado de un precedente está referida a la necesidad de llenar un vacío legislativo o una laguna de las leyes. Se trata de hacer frente al caso construyendo una respuesta a partir de la interpretación constitucional.
- C) Finalmente, la tercera razón es la necesidad de desarrollar la jurisprudencia sentando un nuevo precedente que anula uno anterior (la conocida práctica del *overruling*).

38. La incorporación de la técnica del precedente constitucional en nuestro derecho comparta la necesidad de fijar parámetros que respondan a nuestro contexto y a nuestra tradición jurídica. Si bien, *prima facie*, pueden asumirse las restricciones que ha desarrollado la Corte Americana para dictar un precedente, deben tenerse en cuenta, además, algunas particularidades de nuestros procesos constitucionales. Así, por ejemplo, ocurre que en los procesos constitucionales de la libertad (Hábeas Corpus, Hábeas Data, Amparo), con frecuencia se impugnan ante este Tribunal normas o actos de la administración o de los poderes públicos que no solo afectan a quienes plantean el proceso respectivo, sino que resultan contrarios a la Constitución y, por tanto, tienen efectos generales. Sin embargo, como es sabido, el Tribunal concluye, en un proceso constitucional de esta naturaleza, inaplicando dicha norma o censurando el acto violatorio derivado de ella, pero solamente respecto del recurrente, por lo que sus efectos violatorios continúan respecto de otros ciudadanos.

Se configura, entonces, una situación paradójica: el Tribunal Constitucional, cuya labor fundamental consiste en eliminar del ordenamiento jurídico determinadas normas contrarias a la Constitución, no dispone, sin embargo, de mecanismos procesales a su alcance para expurgar del ordenamiento dichas normas, pese a haber tenido ocasión de evaluar su anticonstitucionalidad y haber comprobado sus efectos violatorios de los derechos fundamentales en un proceso convencional de tutela de derechos como los señalados.

39. En el derecho comparado se advierten diferentes mecanismos que permiten que los propios tribunales puedan autoplantearse, de oficio, un proceso de inconstitucionalidad a efectos de pronunciarse con efectos generales sobre una ley que ha sido, en principio, impugnada a través de un proceso de tutela de un derecho fundamental como el amparo. Así, en el caso español, cuyo sistema de jurisdicción constitucional puede considerarse, *prima facie*, muy semejante al nuestro, se establece, en el artículo 52.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la llamada “autocuestion de constitucionalidad” que permite “convertir” un amparo en un proceso de inconstitucionalidad, permitiendo, de este modo, la emisión de una sentencia con efectos generales que podría eventualmente declarar inválida una ley por contravenir la Constitución.

40. Si bien en nuestro sistema de jurisdicción constitucional no existe una previsión legal de tal envergadura, sin perjuicio de que este Colegiado pueda en el futuro analizar su incorporación a través de la jurisprudencia, la reciente previsión del precedente constitucional a que se refiere el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional constituye una herramienta que podría ayudar a suplir estas deficiencias legales, permitiendo optimizar la defensa de los derechos fundamentales, labor que corresponde por excelencia a este Colegiado.

Por tanto, un supuesto adicional a los señalados por la Corte Suprema Americana, para el establecimiento de un precedente, puede configurarse, en el caso nuestro, a partir de la necesidad de que el Tribunal, luego de comprobar que una norma que ha sido cuestionada mediante un proceso que no es el de control abstracto, constata, además, que los efectos dañosos o violatorios de los derechos fundamentales denunciados afectan de modo general

a un amplio grupo de personas; o que el acto impugnado y declarado contrario a la Constitución por el Tribunal constituye una práctica generalizada de la administración o de los poderes públicos en general. De este modo, la regla que el Tribunal extraiga a partir del caso deberá permitir anular los actos o las normas a partir del establecimiento de un precedente vinculante, no solo para los jueces, sino para todos los poderes públicos. El precedente es de esta forma, una herramienta no solo para dotar de mayor predecibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de la sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales.

41. En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes:

- a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.
- b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- d) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

### **§7.1. La distinción entre jurisprudencia y precedente**

42. La incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.
43. Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, al establecer que “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)”. De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto.

## **§7.2. Condiciones del uso del precedente**

44. De esto se desprende que el precedente es una técnica para la ordenación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente. De modo preliminar puede establecerse, sin embargo, que una primera restricción está referida a la relación entre caso y precedente. Como ocurre en los países del *Common Law* “(...)el valor de precedente de una decisión está determinado

*por aquello que un juez decide efectivamente en la sentencia. Mas aquello que es efectivamente decidido, está determinado con relación al caso (fatispecie) concreto de la controversia sometida a juicio” .*

45. En este sentido, este Colegiado considera que esta regla también es válida para nuestro sistema, aun cuando también es verdad que la configuración del *caso* en nuestro sistema jurídico no siempre se relacione con hechos concretos sino con la evaluación en abstracto de normas, como ocurre en el caso del control de constitucionalidad de la Ley, por ejemplo. Ello, no obstante, no hace que el precedente normativo que este Colegiado externalice, no tenga una directa relación con la cuestión central que deba decidirse porque así ha sido sometido al Tribunal Constitucional. Esto es así, porque, también tratándose del precedente normativo, la legitimidad con que actúa este Colegiado para incursionar en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico está sustentada en la necesidad de dar respuesta a las demandas que han sido planteadas por los entes legitimados para hacerlo. En otras palabras el Tribunal, también cuando dicta “normas” a través de sus sentencias no actúa de oficio, sino atendiendo al llamado de los protagonistas de los procesos constitucionales.

En tal sentido, como ya lo adelantáramos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, la emisión de un precedente normativo vinculante se sustenta en la *“Existencia de relación entre caso y precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo”*.

46. En segundo lugar, como lo ha señalado la tradición del *Common Law*, el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos. En tercer lugar, aunque parezca obvio, la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal

situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos. El precedente, en estos supuestos, solo aparecerá como resultado de la evolución favorable de la doctrina jurisprudencial del Tribunal en determinado sentido. Esto último supone que el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto implica, por otro lado, una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa, como ya se ha dicho.

#### **§8. La necesaria distinción entre precedente judicial y precedente constitucional**

47. Para que una decisión de este Colegiado, planteada en forma de precedente vinculante pueda convertirse en una herramienta útil en la expansión de los efectos de una sentencia que, en principio, debiera tener solo efectos *inter partes*, resulta necesario establecer la distinción entre los efectos del precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional, y lo que son los efectos del precedente judicial en los sistemas del *Common Law*.

48. Es conocido que el precedente judicial en el sistema del *Common Law* se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. Osea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que éste logre sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto.

49. El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales. La forma como se ha consolidado la tradición de los tribunales constitucionales en el sistema del derecho continental ha establecido, desde muy temprano, el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, *prima facie*, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y

frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional.

#### **§9. El precedente extraíble en el presente caso**

50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.

Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

B) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la administración pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la administración pública, a un grupo amplio de personas.

Regla sustancial: Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

### **HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, ordena a que la Municipalidad Distrital de Surquillo admita a trámite el medio de impugnación interpuesto por el recurrente contra el acto administrativo que determinó una sanción de multa, sin exigirle previamente el pago de una tasa por concepto de impugnación.
2. Establecer como **PRECEDENTE VINCULANTE**, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 41 y 50, *supra*, de esta sentencia.
3. Remitir copia de la presente sentencia a la Presidencia del Consejo de Ministros a efectos de que se adoptan las medidas necesarias para su fiel cumplimiento en el ámbito de toda la administración del Estado, conforme a las competencias que le confiere el artículo 119.º de la Constitución.



Publíquese y notifíquese.

**SS.**

**ALVA ORLANDINI**

**BARDELLI LARTIRIGOYEN**

**GONZALES OJEDA**

**GARCÍA TOMA**

**VERGARA GOTELLI**

**LANDA ARROYO**

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. «Los derechos fundamentales y el control constitucional». En *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVII, diciembre, 2004. pp. 113-137. [Versión on line, [www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071809502004000200005&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502004000200005&lng=es&nrm=iso)]. Citado el 03 de julio de 2006.

Véase las sentencias emitidas en el Expediente N.º 2050-2002-AA/TC y, más recientemente, en el Expediente N.º 2192-2004-AA/TC.

Véase en este sentido la Sentencia emitida en el Expediente N.º 2209-2002-AA/TC, de manera más precisa el fundamento 19, donde ha quedado establecido que “(...) no siempre y en todos los casos, es posible extrapolar acríticamente las garantías del debido proceso judicial al derecho al debido procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, si en sede judicial uno de los contenidos del derecho en referencia lo constituye el de la necesidad de respetarse el juez natural o pluralidad de instancias, en el caso del procedimiento administrativo, en principio, que el acto haya sido expedido por un órgano incompetente genera un vicio de incompetencia, pero no la violación del derecho constitucional. Y, en el caso de que no se pueda acudir a una instancia administrativa superior por haber sido expedido el acto por la última instancia en esa sede, ello, desde luego, no supone, en modo alguno, que se haya lesionado el derecho a la pluralidad de instancias”.

Véanse, al respecto, las sentencias emitidas en los Expedientes N.ºs 0872-1999-AA/TC y 0941-2001-AA/TC.

García de Enterría y Fernández enfatizan que: “La nota característica de los recursos es, por lo tanto, su finalidad impugnatoria de actos o disposiciones preexistentes que se estiman contrarias a Derecho, lo cual les distingue de las *peticiones*, cuyo objetivo es forzar la producción de un acto nuevo, y de las *quejas* (...) que no persiguen la revocación de acto administrativo alguno, sino solamente que se corrijan en el curso mismo del procedimiento en que se producen los defectos de tramitación a que se refieren”. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 510, Civitas, Madrid, 2001.

“(…) en el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes (...)”.

Kauper, Paul G. “La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli stati uniti”, en Giuseppino Treves, *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 1971, p.221

Véase, por ejemplo, en lo que respecta al Tribunal Federal Alemán, el parágrafo 31.1, BverfGG: “Las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan a los órganos constitucionales de la federación y de los Estados, a todos los tribunales y a todas las autoridades administrativas”. Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, “Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Vol I, N.º 1, CEC, Madrid, 1981, pág. 235 ss.

**EXP. N.º 3741-2004-AA/TC**

**LIMA**

**RAMÓN HERNANDO**

**SALAZAR YARLENQUE**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 13 de octubre de 2006

### **VISTO**

La sentencia de autos de fecha 14 de noviembre de 2005 (vista de la causa en audiencia pública) expedida el 11 de octubre de 2006; y,

### **ATENDIENDO A**

1. Que de conformidad con el artículo 121.º del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido.
2. Que el artículo 38.º de la Constitución establece que “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”; asimismo, el artículo 44.º reconoce que “Son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...); y el artículo 51.º prescribe que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”; asimismo, el artículo 1.1. del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)”, y su artículo 10.º que “Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho (...) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”. Todo lo cual tiene como finalidad tutelar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos humanos, de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional;
3. Que, en anterior oportunidad (Exp. 5854-2005-AA/TC, FJ 3), el Tribunal Constitucional ha señalado, por un lado, que

El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto;

y, por otro lado (Exp. N.º 0050-2004-AI/TC y otros, FJ 156) que

es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad (...). En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución;

4. Que, si bien los funcionarios de la administración pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la sentencia N.º 3741-2004-AA/TC, esto es, que “(...) [t]odo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente (...)”. Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con **carácter nacional**, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados;

5. Que, en la Ley Fundamental del Estado, no existe una disposición expresa que prohíba hacer cumplir el principio jurídico de la supremacía constitucional. En ese sentido, KELSEN ha señalado que

Si el orden jurídico no contiene una regla explícita en contrario, hay la presunción de que todo órgano aplicador del derecho tiene la facultad de negarse a aplicar leyes inconstitucionales. Como los órganos tienen a su cargo la tarea de aplicar ‘leyes’, naturalmente están obligados a investigar si la regla cuya aplicación se propone es realmente una ley. Pero la restricción de esta facultad necesita de una prescripción explícita. (...).

6. Que un Estado social y democrático de Derecho supone cambios sustanciales en la concepción clásica del principio de legalidad, entre ellos su adecuación y conformidad tanto con los valores y principios constitucionales como con los derechos fundamentales de las personas, reconocidos en nuestra Constitución. En ese sentido, SAGÜÉS ha afirmado

(...) como *excepción*, resulta sumamente atractiva la postura de Bidart Campos, en el sentido de que si la inconstitucionalidad de una ley es grosera y obvia, el Poder Ejecutivo debe reputarla contraria a la Ley Suprema, e inaplicarla.

7. Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal

Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

8. Que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confieren la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Constitucional

#### **RESUELVE**

Declarar que las reglas sustanciales y procesales precisadas en los considerandos 4, 7 y 8 de la presente resolución, forman parte **integrante del precedente vinculante** establecido en el fundamento 50 de la sentencia constitucional emitida en la presente causa.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI**

**BARDELLI LARTIRIGOYEN**

**GONZALES OJEDA**

**GARCÍA TOMA**

**VERGARA GOTELLI**

**LANDA ARROYO**

KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D.F.: Trad. de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, 2.<sup>a</sup> edición revisada, 1958. p. 317.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*. T.I. Buenos Aires: Astrea, 3.<sup>a</sup> edición actualizada y ampliada, 1992. p. 236.

# **ANEXO Nº 02**

RTF Nº. 2006-1-00594, de fecha 31 de enero del 2006



# Tribunal Fiscal

Nº 00594-1-2006

EXPEDIENTE N° : 1189-2006  
INTERESADO :  
ASUNTO : Ampliación  
PROCEDENCIA : Lima  
FECHA : Lima, 31 de enero de 2006

Vista la solicitud de ampliación presentada por respecto de la Resolución del Tribunal Fiscal Nº 07515-1-2005 de fecha 9 de diciembre de 2005, que declaró infundada la apelación de puro derecho interpuesta contra la Orden de Pago Nº 021-001-0081324, sobre Impuesto a los Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas correspondiente al mes de junio de 2005;

## CONSIDERANDO:

Que la recurrente solicita la ampliación de la Resolución del Tribunal Fiscal Nº 07515-1-2005 al considerar que en ella no se ha emitido pronunciamiento sobre el control de legalidad que compete al Tribunal Fiscal de acuerdo al artículo 102º del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por el Decreto Supremo Nº 135-99-EF, indicando además que se debe aplicar el artículo 82º del Código Procesal Constitucional;

Que sostiene que el Tribunal Fiscal se encuentra vinculado a lo resuelto por el Tribunal Constitucional y obligado a adecuar su fallo y el proceder de la Administración Tributaria, a lo señalado en el fundamento 16 de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de enero de 2002, que declaró inconstitucionales el numeral 38.1 del artículo 38º y el artículo 39º, entre otros, de la Ley Nº 27153;

Que señala que el fallo del Tribunal Constitucional tiene fuerza vinculante y además fuerza de ley conforme lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en el Expediente de Acción de Amparo Nº 1907-2003-AA/TC, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 7 de abril de 2005;

Que indica que no ha solicitado que el Tribunal Fiscal en aplicación del control difuso inaplique la Ley Nº 27796, sino que se aplique el control de legalidad;

Que alega que este Tribunal debe abstenerse de emitir pronunciamiento en el presente procedimiento por existir medida cautelar dictada a su favor, agregando que mediante Resolución Nº UNO de fecha 14 de marzo de 2005 recaída en el Expediente de Acción de Amparo Nº 64601-2003 (cuaderno cautelar) expedida por el 35º Juzgado Civil de Lima, se ha declarado fundada una medida cautelar genérica a su favor y se ha decretado la suspensión de la ejecución de todo acto administrativo por parte de la SUNAT que aplique o se ampare en el artículo 38º de la Ley Nº 27153, sustituido por el artículo 17º de la Ley Nº 27796, asimismo, se abstenga la SUNAT de determinar, exigir, cobrar o embargarle por el Impuesto a los Juegos previsto en el precitado artículo 38º, correspondiendo de acuerdo a diversa jurisprudencia del Tribunal Fiscal la suspensión del acto administrativo impugnado por existir medida cautelar a favor del contribuyente;

Que el artículo 153º del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por el Decreto Supremo Nº 135-99-EF y modificado por el Decreto Legislativo Nº 953, dispone que contra lo resuelto por el Tribunal Fiscal no cabe recurso alguno en la vía administrativa, salvo la corrección de errores materiales o numéricos, la ampliación del fallo sobre puntos omitidos o la aclaración de algún aspecto dudoso de la resolución, de oficio o a solicitud de parte, formulada por la Administración Tributaria o por el deudor tributario, dentro del término de cinco (5) días hábiles computados a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la resolución, precisando que por medio de estas solicitudes no procede alterar el contenido sustancial de la resolución;

Que sobre el particular corresponde indicar que de la revisión del expediente se aprecia que este Tribunal se pronunció sobre todos los puntos controvertidos, debiéndose señalar con relación a la pretendida falta de pronunciamiento sobre el control de legalidad que compete al Tribunal Fiscal de acuerdo al artículo 102º del Código Tributario, y a la supuesta confusión de los fines de su pretensión puesto que no solicitó la aplicación del control difuso de las normas sino el control de legalidad, que este Tribunal sí emitió





# Tribunal Fiscal

Nº 00594-1-2006

pronunciamiento al respecto, siendo que en el considerando veintiuno de la Resolución Nº 04676-4-2005 se señaló expresamente lo siguiente:

*"Que respecto a la pretensión de la recurrente a fin que el Tribunal Fiscal aplique el control de legalidad, debe indicarse que en diversos pronunciamientos como el contenido en la Resolución Nº 992-1-99, que constituye precedente de observancia obligatoria, se ha dejado establecido que si bien el artículo 102º del Código Tributario dispone que el Tribunal Fiscal al resolver deberá aplicar la norma de mayor jerarquía, ello debe entenderse dentro de su fuero administrativo, no siendo competente para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes, pues de no ser así se estaría arrogando indebidamente el control difuso de la constitucionalidad de las normas, facultad que conforme con lo dispuesto por el artículo 138º de la Constitución, está reservada a los jueces y magistrados del Poder Judicial y al Tribunal Constitucional;"*

Que con relación a que el Tribunal Fiscal se encuentra vinculado a lo resuelto por el Tribunal Constitucional y obligado a adecuar su fallo y el proceder de la Administración Tributaria, a lo señalado en el fundamento 16 de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de enero de 2002, ello fue materia de pronunciamiento expreso en la Resolución objeto de análisis, señalándose que:

*"Que de lo expuesto se advierte que el Tribunal Constitucional en la sentencia del 29 de enero del 2002, evaluó distintos factores de la Ley Nº 27153, que en su conjunto gravitaron para que declare su inconstitucional, además vinculó al Congreso para que promulgue una nueva ley, estableciendo algunos efectos jurídicos en relación a las deudas determinadas y pagos efectuados, más no así que la totalidad de los factores analizados que incidieron en la declaración de inconstitucionalidad sean observados en la nueva norma a promulgarse;*

*Que a juicio de este Tribunal conforme se ha señalado en la Resolución Nº 03363-5-2005, las disposiciones de la Ley Nº 27796 se encuentran amparadas en la sentencia del Tribunal Constitucional, constituyendo un desarrollo de las reglas señaladas en el quinto párrafo del fundamento 16 de la sentencia, previstas para las situaciones jurídicas y los efectos producidos por el régimen tributario declarado inconstitucional, sin que con ello se pueda decir que la norma modificatoria no pueda tener efectos confiscatorios, sino que el Congreso cumplió con emitir una nueva norma con los efectos jurídicos que según indicó el Tribunal Constitucional, debían ser previstos;*

*Que efectivamente, tal como también señala la citada Resolución Nº 03363-5-2005, en virtud de lo dispuesto por el artículo 35º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, aplicable al caso de autos, y en el artículo 4º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, este órgano en su calidad de Tribunal Administrativo se encuentra vinculado por lo resuelto por el Tribunal Constitucional y obligado a observar estrictamente lo dispuesto en las resoluciones dictadas por él;"*

Que en cuanto a la Acción de Amparo Nº 1907-2003-AA/TC invocada por la recurrente, cabe señalar que no resulta aplicable al presente caso toda vez que conforme se ha establecido en reiterada jurisprudencia del Tribunal Fiscal, tales como las Resoluciones Nºs. 04920-4-2003, 05007-4-2003 y 0493-1-2000, las acciones de amparo sólo tienen efecto vinculante para los sujetos intervinientes en tal proceso, siendo que la recurrente no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que forma parte de aquél;



# Tribunal Fiscal

Nº 00594-1-2006

Que en cuanto a la medida cautelar genérica a su favor a que alude la recurrente, es pertinente precisar que en los considerandos veintidos y veintitres de la Resolución Nº 07515-1-2005 se precisó lo siguiente:

*"Que en cuanto a lo alegado por la recurrente respecto a que mediante Resolución Nº Uno de fecha 14 de marzo de 2005 recaída en el Expediente de Acción de Amparo Nº 64601-2003 (cuaderno cautelar), expedida por el 35º Juzgado Civil de Lima, se ha declarado fundada una medida cautelar genérica a su favor, decretándose la suspensión de la ejecución de todo acto administrativo por parte de la Administración en su contra, así como que se abstenga de determinar, exigir, cobrar o embargar a la recurrente por el impuesto materia de autos, resulta pertinente señalar que la Administración Tributaria mediante Oficio Nº 2153-2005-SUNAT/210400, que corre a folio 183 del Expediente Nº 3567-2005, sobre el que recayó la Resolución del Tribunal Fiscal Nº 05204-4-2005, al que adjuntó el Memorando Nº 452-2005 SUNAT/2B2400 (folios 181 y 182 del Expediente Nº 3567-2005), ha informado a esta instancia que ha presentado un recurso de apelación contra la referida resolución, el mismo que ha sido admitido mediante Resolución Nº Tres del 12 de abril de 2005 (folio 148 del Expediente Nº 3567-2005), encontrándose el referido recurso pendiente de resolver, infiriéndose que no existe medida cautelar firme que ampare la pretensión de la recurrente, no resultando de aplicación las resoluciones de este Tribunal invocadas al respecto;*

*Que no aparece acreditado en autos que la antes mencionada situación hubiese variado a la fecha";*


Que de lo expuesto se evidencia que la pretensión de la recurrente es contradecir lo señalado en la Resolución materia de autos, lo que no procede en la vía de la ampliación, por lo que no existiendo argumentos omitidos que deban ser objeto de pronunciamiento, procede declarar infundada la solicitud de ampliación formulada, no resultando en ese sentido pertinente pronunciarse sobre los demás argumentos vertidos por la recurrente relacionados con la referida pretensión;

Con las vocales Casalino Mannarelli, Barrantes Takata, e interviniendo como ponente la vocal Cogorno Prestinoni;

## RESUELVE:

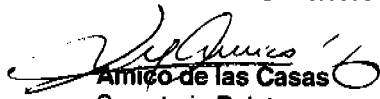
Declarar **INFUNDADA** la solicitud de ampliación presentada.

**REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y REMÍTASE** a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, para sus efectos.

  
COGORNO PRESTINONI  
VOCAL PRESIDENTA

  
CASALINO MANNARELLI  
VOCAL

  
BARRANTES TAKATA  
VOCAL

  
Amigo de las Casas  
Secretaria Relatora  
CP/LCH/64/rmh

# **ANEXO Nº 03**

La RTF Nº 2007-2-04924, del 12 de junio de 2007



# Tribunal Fiscal

Nº 04924-2-2007

**EXPEDIENTES Nº** : 11949-2006, 13387-2006, 15303-2006, 1620-2007 y 1589-2007  
**INTERESADO** :  
**ASUNTO** : Impuesto Temporal a los Activos Netos  
**PROCEDENCIA** : Lima  
**FECHA** : Lima, 12 de junio de 2007

**VISTAS** las apelaciones interpuestas por , contra las Resoluciones de Intendencia Nº 0150140005312, Nº 0150140005425, Nº 0150140005586, Nº 0150140005725 y Nº 0150140005785, emitidas el 26 de julio, 31 de agosto, 29 de setiembre, 23 y 30 de noviembre de 2006 por la Intendencia de Principales Contribuyentes Nacionales de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, que declararon inadmisibles la reclamaciones formuladas contra las Órdenes de Pago Nº 011-001-0056286, Nº 011-001-0057190, Nº 011-001-0058115, Nº 011-001-0058945 y Nº 011-001-0059783, sobre Impuesto Temporal a los Activos Netos de mayo, junio, julio, agosto y setiembre de 2006.

## CONSIDERANDO:

Que la recurrente sostiene que en el ejercicio 2005 ha obtenido una pérdida tributaria arrastrable de S/. 70'588,735.00 y además cuenta con un saldo a favor del Impuesto a la Renta de ejercicios anteriores de S/. 643,012.00, el que es compensable contra sus pagos a cuenta del Impuesto a la Renta del ejercicio 2006.

Que indica que la aplicación del ITAN la obligaría a anticipar al fisco el Impuesto a la Renta del ejercicio 2006 por un importe de S/. 761,055.00, determinado bajo las normas del régimen general del citado impuesto a pesar de tener un saldo a favor.

Que refiere que el PDT - ITAN no se encuentra en el supuesto de un reconocimiento y aceptación de la deuda tributaria, pues no permite consignar el monto del impuesto que corresponde pagar por este concepto, sino que se determina de manera automática con el solo llenado de ciertos datos, tales como el balance general de la empresa, por lo que no se trata de un tributo autoliquidado.

Que agrega que la exigencia del pago previo de las deudas impugnadas como condición para acceder a resolver una impugnación en sede administrativa, es un acto de la Administración Tributaria sustentado en una norma violatoria de la Constitución, ya que el principio de solve et repete obstaculiza, impide o disuade irrazonablemente el acceso a un tribunal de justicia.

Que solicita que el Tribunal Fiscal, por economía procesal y en aplicación del control difuso conozca el asunto de fondo respecto a la inaplicación del ITAN, y de las normas que sustentan los actos administrativos emitidos por la Administración Tributaria y que resulten contrarios a la Constitución.

Que finalmente, señala que en caso se exija el pago previo de las Órdenes de Pago Nº 011-001-0056286, Nº 011-001-0057190, Nº 011-001-0058115, Nº 011-001-0058945 y Nº 011-001-0059783, se deberá tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 40º del Código Tributario, norma que permite la compensación de la deuda tributaria con cualquier crédito tributario.

Que la Administración señala que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 136º del Código Tributario, para reclamar órdenes de pago es requisito acreditar el pago previo de la totalidad de la deuda reclamada, en tal sentido, y al no configurarse el supuesto regulado por el numeral 3 del inciso a) del artículo 119º del citado código, mediante Requerimientos Nº 0150550005469, Nº 0150550005566, Nº 0150550005677, Nº 0150550005781 y Nº 0150550005848, solicitó a la recurrente para que en el plazo de 15 días hábiles cumpliera, entre otros, con acreditar el pago previo, sin embargo, al no haber subsanado la omisión, se declararon inadmisibles la reclamaciones interpuestas.



# Tribunal Fiscal

Nº 04924-2-2007

Que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 149º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444, procede la acumulación de los procedimientos seguidos con Expedientes Nº 11949-2006, Nº 13387-2006, Nº 15303-2006, Nº 1620-2007 y Nº 1589-2007, al guardar conexión entre sí.

Que según lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 78º del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por Decreto Supremo Nº 135-99-EF, la orden de pago es el acto en virtud del cual la Administración exige al deudor tributario la cancelación de la deuda, sin necesidad de emitir previamente una resolución de determinación, entre otros, por tributos autoliquidados por el deudor tributario.

Que de conformidad con el artículo 136º del citado código, sustituido por el Decreto Legislativo Nº 953, para interponer reclamación contra la orden de pago, es requisito acreditar el pago previo de la totalidad de la deuda tributaria actualizada hasta la fecha en que se realice el pago, excepto en el caso establecido en el numeral 3 del inciso a) del artículo 119º de dicho código, esto es, cuando medien otras circunstancias que evidencien que la cobranza podría ser improcedente.

Que de acuerdo con lo establecido por el artículo 140º del Código Tributario, sustituido por el Decreto Legislativo Nº 953, la Administración notificará al reclamante para que en el plazo de quince (15) días hábiles subsane las omisiones que pudieran existir cuando el recurso de reclamación no cumpla con los requisitos para su admisión a trámite, vencido dicho plazo sin la subsanación correspondiente, se declarará inadmisile la reclamación.

Que la Administración emitió las Órdenes de Pago Nº 011-001-0056286, Nº 011-001-0057190, Nº 011-001-0058115, Nº 011-001-0058945 y Nº 011-001-0059783 al amparo de lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 78º del Código Tributario, esto es, por el tributo autoliquidado por la recurrente.

Que de autos se aprecia que las citadas órdenes de pago han sido emitidas tomando como base la información consignada por la recurrente en el PDT 648 con Nº de Orden 2001564, en el cual la recurrente consignó la suma de S/. 761,055.00 como tributo a pagar por concepto de Impuesto Temporal a los Activos Netos, con cuotas mensuales de S/. 84,562.00, de lo que se concluye que la Administración emitió dichos valores conforme a ley (folio 67 del Expediente Nº 15303-2006).

Que la Administración notificó a la recurrente los Requerimientos Nº 0150550005848, Nº 0150550005469, Nº 0150550005566, Nº 0150550005781 y Nº 0150550005677, mediante los cuales le concedió el plazo de 15 días hábiles para subsanar la falta de pago previo de las deudas actualizadas, lo que no cumplió, por lo que las inadmisibilidades declaradas se encuentran arregladas a ley, procediendo confirmar las resoluciones apeladas.

Que sin perjuicio de lo expuesto, con relación a lo señalado por la recurrente en el sentido que el Impuesto Temporal a los Activos Netos vulnera el principio de no confiscatoriedad, cabe precisar que mediante sentencia del 5 de marzo de 2007, emitida con motivo del recurso de agravio constitucional interpuesto por Scotiabank Perú S.A.A. (antes Banco Wiese Sudameris) contra la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente Nº 03797-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido lo siguiente:

*"(...) la libertad que tiene el legislador para imponer cargas tributarias solo está limitada por lo establecido en el artículo 74º de la Constitución, lo que conlleva al uso de fórmulas razonables y proporcionales a los objetivos que se pretende conseguir. En el caso del IEAN, la fórmula empleada es gravar el patrimonio para obtener ingresos relacionados (y en proporción) con la manifestación de riqueza que puede derivarse de la propiedad. En relación con el principio de no confiscatoriedad señaló este Colegiado: "(...) Ciertamente, el principio de no confiscatoriedad no resulta afectado, como se ha expuesto en la demanda, si el legislador tributario decide que se imponga con cargas fiscales a la propiedad. La Constitución no ha constitucionalizado ningún impuesto, ni tampoco ha determinado qué tipo de actividades económicas puedan ser, o no, objeto de regulaciones fiscales. En consecuencia, el Estado, a través de sus órganos constitucionales competentes, es libre de*

*R. E. Q. S.*



# Tribunal Fiscal

Nº 04924-2-2007

crear la clase de impuestos que considere atendible, sin más límites que los que emanen del propio texto constitucional y, fundamentalmente, del conjunto de principios constitucionales tributarios establecidos en su artículo 74°. De manera que dentro del amplio margen de libertad para establecer aquello que ha de ser gravado, y que al legislador corresponde adoptar, también puede gravarse la propiedad. (...). El problema, a juicio del Tribunal Constitucional, no es determinar si un impuesto puede gravar, o no, la propiedad, sino establecer qué monto puede resultar contrario a la prohibición de confiscatoriedad. Y en ello, por cierto, no son pertinentes consideraciones tales como que el contribuyente haya tenido ganancias, pérdidas o simplemente mantuvo su capital o activo fijo, que son exigibles –y este Tribunal en su momento lo destacó– para impuestos destinados a gravar utilidades, ganancias o rentas, como se expuso en la STC N.º 0646-1996-AA/TC.(...)(STC N.º 2727-2002-AA/TC)

(...)

Desde esta óptica es válido hacer referencia a que los impuestos al patrimonio están constituidos por los ingresos que obtiene el fisco al gravar el valor de los bienes y derechos que constituyen la propiedad, así como su transferencia. En este orden de ideas, comprenden conceptos recogidos por nuestra legislación tributaria, como el Impuesto Predial, el Impuesto de Alcabala, el Impuesto Vehicular, etc. Resulta evidente cómo el patrimonio se configura como uno de los principales índices de capacidad económica y, por ello, los impuestos al patrimonio tienen un importante objetivo: "(...) facilitar la lucha contra el fraude mediante la aportación de información de las fuentes de riqueza (...); una especie de censo de la riqueza de los ciudadanos con evidente funciones de control tributario sobre esta y sus posibles transmisiones (...)"<sup>[2]</sup>.

De un análisis comparativo de lo expresado en el párrafo anterior con lo señalado por la Ley 28424, Ley que crea el Impuesto Temporal a los Activos Netos, se desprende que, por su propia naturaleza, este impuesto comparte la característica de patrimonial, por cuanto toma como manifestación de capacidad contributiva los activos netos, es decir, la propiedad, y es bajo este presupuesto que se analiza el caso en cuestión.

(...)

Ha quedado claro que los activos netos se instituyen como manifestación de capacidad contributiva en cuanto a impuestos al patrimonio se trata.

(...)

Debe considerarse que la distinción principal entre el impuesto sub exámine y los declarados inconstitucionales por este Colegiado reside precisamente en que tanto el IMR como el AAIR se originaban de un impuesto a la renta. En el caso del ITAN, es un impuesto independiente que efectivamente grava activos netos como manifestación de capacidad contributiva no directamente relacionada con la renta. Es decir, es la incongruencia de un medio impositivo (activos netos) con los fines que persigue el legislador tributario (renta) lo que hizo inconstitucionales a los citados tributos.

(...)

En cuanto al argumento de que el ITAN se constituye como un pago a cuenta o anticipo del Impuesto a la Renta por ser un crédito utilizable contra este, cabe señalar que no debemos perder de vista que nuestra Constitución no impone en materia impositiva más límites que los enunciados por su artículo 74°. Cabe aclarar que, aunque se da libertad al legislador para imponer cargas al contribuyente, también es cierto que se ve limitado por una serie de garantías y principios, los cuales en el presente caso no han sido vulnerados.

<sup>[2]</sup> García Añoveros, Jaime y otros. Manual del Sistema Tributario Español. Madrid: Civitas, 2002, pp. 307



# Tribunal Fiscal

Nº 04924-2-2007

*Por otro lado, la empresa recurrente insiste en que la normativa sobre arrastre de pérdidas<sup>2</sup> le resulta perjudicial y/o lesiva a sus derechos. A este respecto, debe manifestarse que las modificaciones y/o restricciones de esta normativa no tienen relación directa con la vulneración de los derechos de la demandante en torno al ITAN. Mucho más, si el estado de pérdida de la empresa no es consecuencia directa de norma alguna, sino más bien de la gestión de sus órganos directivos y/o administrativos.*

*En cuanto al alegato de que, por el contrario, esta base de cálculo resultó antitécnica, es menester señalar que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 004-2004-AI/TC, 001-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados), manifestó que el antitecnicismo de las leyes o su ineficiencia no podía merecer atención en un proceso de control de constitucionalidad, sino tan solo su compatibilidad formal o material con la Carta Fundamental."*

Que al respecto cabe precisar que las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, que no constituyen precedente vinculante, también tienen fuerza vinculante<sup>3</sup> respecto, entre otros, de los órganos administrativos, por lo que este Tribunal se encuentra vinculado por el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional en la sentencia cuyos argumentos se transcribieron en los considerandos precedentes.

Que en consecuencia, resulta claro que el Impuesto Temporal a los Activos Netos no vulnera el anticipo de no confiscatoriedad establecido en el artículo 74° de la Constitución Política, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, por lo que carece de sustento lo alegado por la recurrente.

Que respecto a lo señalado por la recurrente en relación a la exigencia del pago previo de las deudas impugnadas, como condición para acceder a resolver una impugnación en sede administrativa, y la solicitud de que este Tribunal en aplicación del control difuso conozca el asunto de fondo respecto a la inaplicación del Impuesto Temporal a los Activos Netos, cabe señalar que el Tribunal Constitucional en los fundamentos 7 y 8 de la Sentencia Aclaratoria emitida en el Expediente Nº 3741-2004-AA/TC, ha señalado que excepcionalmente, el control difuso administrativo procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del referido código, siendo que los Tribunales Administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten "justicia administrativa" con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

<sup>2</sup> Primera Disposición Final de la Ley Nº 27356.

<sup>3</sup> Tal criterio fue establecido en la sentencia recaída en el Expediente Nº 3741-2004-AA/TC, cuyos considerandos pertinentes se transcriben a continuación: "La incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Nº 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.

Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, al establecer que "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)". De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto".



# Tribunal Fiscal

Nº 04924-2-2007

Que en ese sentido, en cuanto a la exigencia del pago previo (principio del solve et repete) previsto por el Código Tributario, el Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en el Expediente Nº 4242-2006-A/TC del 19 de enero de 2007, ha señalado en relación a la aplicación del precedente constitucional establecido en el Expediente Nº 3741-2004-AA/TC, que en la referida sentencia (...) se cuestionó la existencia de un cobro por el solo hecho de impugnar un acto administrativo. Justamente este tipo de trabas irracionales o condicionantes al ejercicio del derecho de petición y defensa de los ciudadanos en sede administrativa, motivó que el Tribunal Constitucional estableciera el precedente que corresponde aplicarse a todos los casos que presenten circunstancias idénticas.

Que de este modo el Tribunal Constitucional ha establecido que (...) el supuesto previsto en la regla sustancial B de la sentencia Nº 3741-2004-AA/TC es, a todas luces, distinto al de la impugnación de una orden de pago, donde la exigencia del pago previo no se origina debido a una tasa condicional para poder solicitar la revisión del caso, sino más bien debido a la existencia de deuda tributaria que el contribuyente tiene el deber de cancelar, conforme con los supuestos del artículo 78º del Código Tributario. Más aún, este requisito previo a la impugnación tampoco se origina necesariamente en un acto de la propia Administración pública, sino, antes bien, en la constatación de una obligación sobre cuya cuantía se tiene *certeza*, la cual puede originarse, por ejemplo, cuando media lo declarado por el propio contribuyente (autoliquidación), supuesto que se constata con mayor claridad en los tres primeros incisos del artículo 78º del Código Tributario. Es así que puede diferenciarse la naturaleza de una orden de pago de la resolución de determinación, en cuyo caso sí media un acto de fiscalización o verificación de deuda previa, siendo finalmente la Administración la que termina determinándola. De ahí que se exima al contribuyente del requisito del pago previo para su impugnación al no constituir aún deuda exigible. De manera que no sea posible incluir el supuesto de impugnación de órdenes de pago a consecuencia de la relación caso y Regla Sustancial B, en la STC 3741-2004-AA/TC".

Que en cuanto a lo señalado por la recurrente respecto a que tiene saldo a favor por el Impuesto a la Renta de años anteriores, cabe señalar que la compensación es una solicitud que se tramita a través de un procedimiento no contencioso, según lo dispuesto por el artículo 162º del Código Tributario, por lo que en aplicación del artículo 213º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444 corresponde dar a este extremo de las apelaciones, el trámite de solicitud no contenciosa.

Con los vocales Espinoza Bassino y Queuña Díaz, e interviniendo como ponente la vocal Zelaya Vidal.

## RESUELVE:

1. **ACUMULAR** los procedimientos contenidos en los Expedientes Nº 11949-2006, Nº 13387-2006, Nº 15303-2006, Nº 1620-2007 y Nº 1589-2007.
2. **CONFIRMAR** las Resoluciones de Intendencia Nº 0150140005312, Nº 0150140005425, Nº 0150140005725, Nº 0150140005586 y Nº 0150140005785 del 26 de julio, 31 de agosto, 29 de setiembre, 23 y 30 de noviembre de 2006.
3. **DAR TRÁMITE** de solicitudes no contenciosas de compensación al extremo de las apelaciones referido a tales pretensiones.

Regístrese, comuníquese y remítase a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, para sus efectos.

ZELAYA VIDAL  
VOCAL PRESIDENTA

ESPIÑOZA BASSINO  
VOCAL

QUEUÑA DÍAZ  
VOCAL

Velásquez López Baygada  
Secretario Relator  
ZV/VLR/LE/jcs.



# **ANEXO Nº 04**

RTF Nº 00026-1-2007, de fecha 05 de enero de 2007



# Tribunal Fiscal

Nº 00026-1-2007

**EXPEDIENTE Nº** : 9931-2006  
**INTERESADO** :  
**ASUNTO** : Cierre  
**PROCEDENCIA** : Cusco  
**FECHA** : Lima, 5 de enero de 2007

Vista la apelación interpuesta por contra la Resolución de Intendencia Nº 096-014-0001279/SUNAT, emitida el 26 de julio de 2006 por la Intendencia Regional Cusco de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, que declara infundada la reclamación formulada contra la Resolución de Intendencia Nº 0940190000081, que modificó la Resolución de Intendencia Nº 0940120000460, disponiendo el cierre del establecimiento de la contribuyente ubicado en Avenida Imperio de los Incas Nº 140, Machupicchu, Urubamba, Cusco por un período de tres días comprendido entre el 12 de enero al 14 de enero de 2006;

## CONSIDERANDO:

Que la recurrente señala que mediante Resolución de Intendencia Nº 0940120000460 se dispuso el cierre de su establecimiento durante el período del 15 al 17 de diciembre de 2005, al haber cometido la infracción prevista en el numeral 1 del artículo 174º del Código Tributario, por lo que en dichos días canceló las reservas de hospedaje y suspendió con goce de haber a su personal, no obstante la Administración no se acercó a su establecimiento para ejecutar el cierre, y ante ello recurrió al Juez de Paz quien verificó que durante tales días su local se encontró cerrado, agregando que tal hecho fue comunicado a la Comisaría de Machupicchu;

Que asimismo indica que posteriormente la Administración mediante Resolución de Intendencia Nº 0940190000081 modificó la Resolución de Intendencia Nº 0940120000460, variando las fechas de ejecución de cierre para los días 12, 13 y 14 de enero de 2006, lo cual no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 108º del Código Tributario y la Resolución de Superintendencia Nº 002-97/SUNAT, por lo que la Resolución de Intendencia Nº 0940190000081 es nula;

Que agrega que el asunto materia de controversia no consiste en verificar si se cometió la infracción porque ésta ha sido reconocida, sino si es procedente que la Administración modifique las fechas de ejecución de cierre, lo que origina una doble sanción toda vez que cumplió con cerrar su establecimiento durante los días 15, 16 y 17 de diciembre de 2005;

Que alega que la Administración está privilegiando lo formal respecto a lo sustancial, al considerar que no ocurrió el cierre por la falta de colocación de sellos, letreros y carteles, y precisa que no procede revocar actos administrativos por razones de oportunidad, inacción, mérito o conveniencia, conforme al artículo 203º de la Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que expresa que la apelada vulnera lo establecido en el numeral 2 del artículo 108º y en el numeral 2 del artículo 109º del Código Tributario, así como los principios de legalidad, debido procedimiento, presunción de veracidad y verdad material;

Que por su parte la Administración sostiene que conforme al Acta Probatoria Nº 0900600007450-01, el 16 de noviembre de 2005, la recurrente no cumplió con otorgar el comprobante de pago por el servicio prestado, resultándole aplicable la sanción de cierre temporal de establecimiento, al haber incurrido en anterior oportunidad en la misma infracción, por lo que mediante Resolución de Intendencia Nº 0940120000460 se dispuso la sanción de cierre durante el período comprendido entre el 15 al 17 de diciembre de 2005, no obstante el 2 de enero de 2006 se notificó a la recurrente la Resolución de Intendencia Nº 0940190000081, mediante la cual se modificó las fechas de cierre al período comprendido entre el 12 al 14 de enero de 2006, al amparo del numeral 2 del artículo 108º del Código Tributario;



# *Tribunal Fiscal*

Nº 00026-1-2007

Que manifiesta que la referida modificación se sustenta en que los días programados originalmente para el cierre del establecimiento se encontraba paralizado el transporte ferroviario, siendo ésta la única vía de acceso al establecimiento de la recurrente;

Que añade que carece de sustento lo alegado por la recurrente respecto a que su local estuvo cerrado del 15 al 17 de diciembre de 2005, toda vez que en virtud de la Resolución de Superintendencia Nº 144-2004/SUNAT, la ejecución del cierre le corresponde únicamente al fedatario fiscalizador;

Que finalmente señala que en virtud a lo previsto por el numeral 8.2 del artículo 8º y por el numeral 9.3 del artículo 9º del Reglamento del Régimen de Gradualidad, corresponde variar la sanción de tres a seis días de cierre del establecimiento;

Que el asunto materia de controversia consiste en establecer si la Resolución de Intendencia Nº 0940190000081 se ajusta a ley;

Que de los actuados se aprecia que conforme al Acta Probatoria Nº 0900600007450-01 del 18 de noviembre de 2005, la recurrente incurrió en la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 174º del Código Tributario, por no otorgar comprobante de pago;

Que mediante Resolución de Intendencia Nº 0940120000460 del 30 de noviembre de 2005, la Administración dispuso el cierre temporal del establecimiento de la recurrente ubicado en Avenida Imperio de los Incas Nº 140, Machupicchu, Urubamba, Cusco por un período de tres días comprendido entre el 15 al 17 de diciembre de 2005, en virtud de la comisión de la citada infracción y atendiendo a que la recurrente había incurrido en la misma por segunda vez;

Que sin embargo posteriormente, mediante Resolución de Intendencia Nº 0940190000081 del 28 de diciembre de 2005, la Administración modificó la parte resolutive de la Resolución de Intendencia Nº 0940120000460, disponiendo el cierre temporal del establecimiento de la recurrente por el período comprendido entre el 12 al 14 de enero de 2006, amparándose a tal efecto en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 108º del Código Tributario;

Que en el segundo y tercer considerandos de la Resolución de Intendencia Nº 0940190000081 se señala que el 14 de diciembre de 2005 la empresa Perú Rail S.A. publicó un comunicado indicando que ante amenazas de acciones violentas contra ferrocarriles, estaciones, líneas férreas y por seguridad de los pasajeros y público en general suspendió desde el 15 de diciembre hasta nuevo aviso el servicio de trenes de Cusco a Machupicchu, y que el día 14 de diciembre de 2005 el fedatario fiscalizador encargado de dar cumplimiento a la resolución de cierre, no pudo realizar los cierres de establecimientos programados para esa fecha en la ciudad de Machupicchu, por estar paralizado el transporte ferroviario, por lo que existió la imposibilidad de movilizarse a dicha ciudad al ser la única vía de transporte:

Que de lo expuesto se aprecia que mediante Resolución de Intendencia Nº 0940190000081, la Administración postergó el plazo para la ejecución de la sanción de cierre, al no poder ejecutarla en la fecha fijada inicialmente debido a causas no imputables a ella, pues existían dificultades para trasladarse al domicilio fiscal de la recurrente;

Que en el presente caso estamos ante un supuesto de postergación de la fecha de ejecución del cierre, manteniendo íntegramente el contenido del acto que declara aplicable la sanción de cierre a la recurrente, situación que se presenta no sólo ante la imposibilidad de ejecución oportuna de la referida sanción por causas imputables a terceros, sino también cuando la resolución que dispone el cierre es impugnada y posteriormente confirmada, por lo que dicha postergación del plazo no califica como una revocación, modificación, sustitución o complementación de actos de la Administración a la que se refiere el numeral 2 del artículo 108º del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por Decreto Supremo Nº 135-99-EF, modificado por el Decreto Legislativo Nº 953, supuesto en que la modificación está referida al contenido del acto administrativo, es decir a lo que decide la autoridad, y que comprende todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por los administrados;



# Tribunal Fiscal

Nº 00026-1-2007

Que asimismo, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 140.3 del artículo 140º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444, el vencimiento del plazo para cumplir un acto a cargo de la Administración, no exime de sus obligaciones establecidas atendiendo al orden público, y que la actuación administrativa fuera de término no queda afectada de nulidad, salvo que la ley expresamente así lo disponga por la naturaleza perentoria del plazo;

Que en cuanto al argumento de la recurrente en el sentido que se habría ejecutado la sanción de cierre, al haber cerrado voluntariamente su establecimiento los días 15 a 17 de diciembre de 2005 sin participación del fedatario fiscalizador, cabe precisar que de acuerdo con lo establecido por el inciso b) del artículo 4º del Reglamento del Fedatario Fiscalizador, aprobado por el Decreto Supremo Nº 086-2003-EF, modificado por el Decreto Supremo Nº 101-2004-EF, es función del fedatario fiscalizador ejecutar las sanciones de cierre temporal de establecimiento, por lo que carece de sustento lo alegado por la recurrente, procediendo en este extremo confirmar la apelada;

Que en lo referente a la pérdida del Régimen de Gradualidad, la Primera Disposición Final de la Ley Nº 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, señala que los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad;

Que por su parte el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley Nº 28237, señala que los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional;

Que en el fundamento 42 de la sentencia emitida en el Expediente Nº 3741-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que la incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal;

Que en ese sentido precisa que las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado, asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley Nº 28301, los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos, indicando que la jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo;

Que por otro lado, en el fundamento 43 de la misma sentencia ha señalado que con el objeto de conferir mayor predictibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del Título Preliminar, al establecer que *"Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)";*

Que agrega que de este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto;



# Tribunal Fiscal

Nº 00026-1-2007

Que por su parte en el fundamento 7 de la sentencia aclaratoria emitida en el Expediente Nº 3741-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que excepcionalmente, el control difuso administrativo procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional;

Que finalmente en el fundamento 8 de la referida sentencia aclaratoria ha indicado que los Tribunales Administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten "justicia administrativa" con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional;

Que en el Expediente Nº 1803-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional, respecto a la pérdida de la gradualidad de las sanciones por haberse impugnado el acto administrativo que la contiene, ha señalado, entre otros, que:

*" (...) el derecho de impugnar la decisión de la Administración – o derecho de recurrir – ha quedado sin contenido al establecerse con su ejercicio una sanción que, además de desproporcionada –conforme a los argumentos desarrollados en los fundamentos 9 a 16 supra –, ha terminado por conculcarlos, tras confirmarse la decisión de primera instancia. De este modo, el Tribunal opina que la aplicación de las disposiciones que autorizan dicha actuación a la Administración, resulta contraria al derecho constitucional de ejercitar los recursos pertinentes incluso en sede administrativa y, por tanto, violan también el derecho de defensa."*

Que asimismo ha señalado que:

*" (...) también se ha violado, en este caso, una garantía judicial clásica que si bien se ha desarrollado en el ámbito penal, debe contemplarse como garantía extensible al procedimiento administrativo sancionador, sin ninguna reserva, en base a las consideraciones expuestas, pero, además, porque el poder coercitivo de la Administración supone una clara intervención de los derechos de los ciudadanos, a quienes el sistema jurídico no puede dejar desprotegidos en ningún caso."*

*La prohibición de la reforma peyorativa o reformatio in peius, como la suele denominar la doctrina, es una garantía implícita en nuestro texto constitucional que forma parte del debido proceso judicial (cf. Exp. 1918-2002-HC/TC) y está orientada precisamente a salvaguardar el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia sin que dicho ejercicio implique correr un riesgo mayor de que se aumente la sanción impuesta en la primera instancia."*

*En este sentido, este Tribunal declara que la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación."*



# Tribunal Fiscal

Nº 00026-1-2007

Que en ese sentido y dado que en virtud al fallo contenido en el referido Expediente N° 1803-2004-AA/TC, se declaró inaplicable la norma que establecía que se perderían los beneficios de la gradualidad si habiendo impugnado la resolución que establece la sanción, el órgano resolutor la mantiene en su totalidad y ésta queda firme y consentida en la vía administrativa, por resultar violatoria, entre otros, del derecho de defensa reconocido en nuestro texto constitucional en el artículo 139º inciso 14º y de la garantía que impide la reforma peyorativa o *reformatio in peius*, garantía implícita en nuestro texto constitucional como parte del debido proceso, corresponde a este Tribunal fallar en el mismo sentido, inaplicando al caso de autos el numeral 8.2 del artículo 8º de la Resolución de Superintendencia N° 141-2004/SUNAT, el mismo que contiene una disposición idéntica a la que fue materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional;

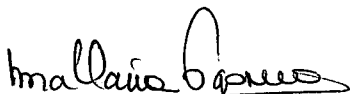
Que el informe oral solicitado por la recurrente se llevó a cabo con la asistencia de ambas partes, según Constancia del Informe Oral N° 0463-2006/EF/TF;

Con las vocales Casalino Mannarelli, Barrantes Takata, e interviniendo como ponente la vocal Cogorno Prestinoni;


## RESUELVE:

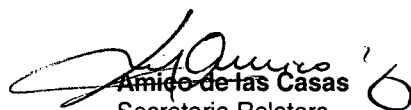
**REVOCAR** la Resolución de Intendencia N° 096-014-0001279/SUNAT de fecha 26 de julio de 2006 en el extremo referido a la pérdida del beneficio de la gradualidad y **CONFIRMARLA** en lo demás que contiene.

**REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y REMÍTASE** a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, para sus efectos.

  
COGORNOPRESTINONI  
VOCAL PRESIDENTE

  
CASALINO MANNARELLI  
VOCAL

  
BARRANTES TAKATA  
VOCAL

  
Amico de las Casas  
Secretaria Relatora  
CP/PM/4/mpe.